

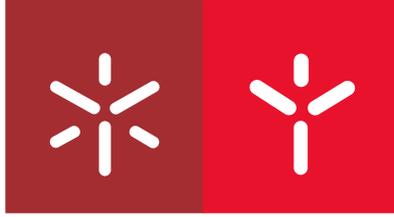


**INTRODUÇÃO AO ESTUDO SISTEMÁTICO DA
TUTELA CAUTELAR no âmbito do contencioso
dos REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS**

Sara Cristina Rebelo Magalhães

Universidade do Minho
Escola de Direito





Universidade do Minho
Escola de Direito

Sara Cristina Rebelo Magalhães

**INTRODUÇÃO AO ESTUDO SISTEMÁTICO DA
TUTELA CAUTELAR no âmbito do contencioso
dos REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Administrativo
Área de especialização em Justiça Administrativa

Trabalho efetuado sob a orientação da
Prof^a Doutora Isabel Celeste M. da Fonseca

junho de 2021

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença [abaixo](#) indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



**Atribuição
CC BY**

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

*À Senhora Professora Doutora
Isabel Celeste M. da Fonseca,*

*Professores que indicam o Norte,
Alunos desfraldam a vela!*

*Aos meus Pais e ao Rafa,
O meu porto de abrigo!*

*Ao Filipe,
O meu melhor Amigo.*

Pelo sonho é que vamos

*Pelo sonho é que vamos,
Comovidos e mudos.
Chegamos? Não chegamos?
Haja ou não frutos,
Pelo Sonho é que vamos.
(...)
Chegamos? Não chegamos?
-Partimos. Vamos. Somos.*

Sebastião da Gama

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no âmbito do contencioso dos regulamentos administrativos

A tutela cautelar do regulamento administrativo está especificamente consagrada, a título principal, no preceito do art. 130.º, do CPTA.

Nesta dissertação de mestrado consideramos sobre um novo quadro-legal a configurar à tutela cautelar da norma regulamentar. Este novo quadro-legal deverá consagrar todas as pretensões que possam versar sobre normas, tanto a título principal como incidental, como também de intimação à emissão de regulamentos.

Ainda, cumpre ressaltar, nos termos do n.º 4, do art. 130.º, o procedimento aplicável à suspensão da eficácia da norma é o previsto no art. 128.º à suspensão da eficácia do ato administrativo. Regime que configura a técnica do efeito suspensivo automático e a emissão da resolução fundamentada, não garantindo uma justa repartição de riscos entre as partes em litígio.

Nesta dissertação consideramos sobre um novo procedimento à tutela cautelar do regulamento configurado à luz do princípio da tutela jurisdicional efetiva e, nesse sentido, um novo procedimento que salvguarde os efeitos do regulamento associados intrinsecamente ao princípio da eficácia geral.

Por fim, o art. 130.º, do CPTA, está integrado no sistema cautelar geral do contencioso administrativo e, por isso, não deixa de acompanhar as disposições comuns previstas tanto nos arts. 112.º ao 127.º, como no disposto do art. 131.º. Nesta dissertação procuramos compreender de que modo o regime cautelar do regulamento administrativo deverá estar conciliado com o regime do sistema geral.

A nossa investigação tem por base **o estudo de direito posto** e as considerações ao quadro comparado **das perspetivas alemã e espanhola**.

PALAVRAS-CHAVE: regulamento administrativo – sistematização – tutela cautelar – tutela jurisdicional efetiva

Introduction to the systematic study of the precautionary procedure in the context of the litigation of administrative regulations

The precautionary procedure of the administrative regulation is specifically enshrined, primarily, in the precept of art. 130.º of the CPTA.

In this master's thesis, we consider a new legal framework to configure the precautionary procedure of the regulatory rule. This new legal framework should consecrate all the claims that may deal with norms, both principally and incidentally, as well as subpoenaing the issuance of regulations.

Also, it is worth mentioning, under the terms of n.º 4, of art. 130.º, the applicable procedure to the suspension of the rule's effectiveness it's predicted in art. 128.º to the suspension of the effectiveness of the administrative act. Regime that configures the technique of automatic suspensive effect and the issuance of a reasoned resolution, not guaranteeing a fair sharing of risks between the litigious parties.

In this dissertation, we consider a new procedure for the precautionary procedure of the regulation configured in light of the principle of effective judicial protection and, in this sense, a new procedure that safeguards the effects of the regulation intrinsically associated with the principle of general effectiveness.

Finally, art. 130.º of the CPTA, is integrated in the general precautionary system of administrative litigation and, therefore, doesn't fail to follow the common provisions provided for both in arts. 112.º to 127.º, as provided for in art. 131.º. In this dissertation we seek to understand how the precautionary procedure of the administrative regulation should be reconciled with the regime of the general system.

Our research is based on the **study of established law** and considerations to the comparative framework of the **German and Spanish perspectives**.

KEYWORDS: administrative regulation - systematization - precautionary procedure - effective jurisdictional protection

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – QUADRO JURÍDICO EXISTENTE	8
OBJETIVO: AS LIMITAÇÕES DO ART. 130.º, DO CPTA	
§0. Nota prévia.....	8
§1. A evolução do quadro- legal Português do regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares	9
§2. A sistematização do poder regulamentar no contencioso administrativo.....	15
§3. O regime especial da suspensão da eficácia das normas regulamentares.....	24
§3.1. As pretensões da tutela cautelar do regulamento “dentro” e “fora” do regime especial do art. 130.º.....	25
§3.2. A aplicação do art. 128.º à suspensão da eficácia de normas regulamentares	29
§3.2.1. O <i>efeito suspensivo automático</i> no regime da tutela cautelar principal e abstrata do regulamento: as ausências da tutela jurisdicional efetiva	30
§3.2.2. Quanto ao incidente da declaração de ineficácia de atos de execução indevida	32
§3.3. Breves notas à citação dos contrainteressados no regime da suspensão da eficácia de normas regulamentares	34
§3.4. Os efeitos do decretamento de suspensão da eficácia da norma regulamentar.....	36
§4. Em jeito de balanço.....	37
CAPÍTULO 2. – QUADRO COMPARADO	40
OBJETIVO: AS SOLUÇÕES DO QUADRO DE DIREITO COMPARADO: ALEMANHA E ESPANHA	
§0. Nota prévia.....	40
§1. Perspetiva Alemã.....	42
§1.1. Apresentação do sistema das <i>vorläufigen rechtsschutz</i>	42

§1.2. Notas à ação principal dos regimes cautelares: a tutela principal (= <i>prinzipale Normenkontrolle</i>) e incidental (= <i>inzidente Normenkontrollen</i>) do Regulamento e a tutela da omissão à prática da norma devida (= <i>Normerlassklage</i>).....	46
§1.3. A tutela cautelar da norma regulamentar	53
§1.3.1. A tutela cautelar a <i>título incidental e concreto</i> do regulamento.....	54
§1.3.2. A tutela cautelar a <i>título principal e abstrato</i> do regulamento	60
§2. Perspetiva Espanhola	66
§2.1. Apresentação do sistema das <i>Medidas Cautelares no contencioso-administrativo</i> Espanhol. 66	
§2.2. Brevíssimas notas à ação principal dos regimes que versam sobre regulamentos administrativos: o <i>recurso direto e indirecto das disposiciones de carácter general e a inactividad reglamentaria</i>	71
§2.3. A tutela cautelar da norma regulamentar: a tutela cautelar “ <i>directa</i> ” e “ <i>indirecta</i> ”	75
§3. Em jeito de balanço	82
CAPÍTULO 3. - “DE IURE CONDENDO”	84
OBJETIVO: A PROPOSTA DE SOLUÇÃO	
§0. Nota prévia.....	84
§1. O sistema geral do regime cautelar aplicado à suspensão da eficácia das normas.....	86
§1.1. Breve consideração sobre as técnicas processuais do regime cautelar	87
§1.2. A conciliação entre as disposições gerais e o regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares	91
§1.2.1. Pressupostos de decretamento: <i>periculum in mora, fumus boni iuris e interesses em presença</i>	91
§1.2.2. Os poderes do juiz cautelar na conciliação do sistema geral com o regime especial da tutela cautelar do regulamento administrativo.....	100
§2. O sistema cautelar do regulamento administrativo.....	104
§2.1. A determinação das pretensões a configurar no sistema cautelar do regulamento administrativo	105

§2.1.1. A tutela cautelar principal do regulamento administrativo	105
§2.1.2. A tutela cautelar incidental e concreta da norma regulamentar mediatamente operativa	106
§2.1.3. A intimação à emissão de normas devidas.....	108
§2.2. A concreta medida a adotar no regime especial da tutela cautelar do regulamento administrativo e os limites ao poder de conformação do juiz cautelar	111
§2.3. O procedimento do regime <i>de iure condendo</i> da tutela cautelar do regulamento administrativo: os desvios ao sistema cautelar uniforme	115
§3. Um <i>esboço</i> da proposta <i>de iure condendo</i> do art. 130.º	118
CONCLUSÃO	121
Bibliografia consultada:.....	132
Jurisprudência consultada:	139

SIGLAS UTILIZADAS

BauGB	- Baugesetzbuch
BVerfGG	- Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BvewG	- Bundesverwaltungsgericht
CC	- Código Civil
CE	- Constitución Española
CPA	- Código do Procedimento Administrativo
CPC	- Código de Processo Civil
CPTA	- Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	- Constituição da República Portuguesa
DL	- Decreto-Lei
ETAF	- Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
GG	- Grundgesetz
LJCA	- Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LPTA	- Lei de Processo nos Tribunais Administrativos
OVG	- Oberverwaltungsgericht
STA	- Supremo Tribunal Administrativo
TAC	- Tribunal Administrativo de Círculo
TC	- Tribunal Constitucional
TCA	- Tribunal Central Administrativo
TS	- Tribunal Supremo
VGH	- Verwaltungsgerichtshof
VwGO	- Verwaltungsgerichtsordnung
ZPO	- Zivilprozessordnung

INTRODUÇÃO

A tutela cautelar da norma regulamentar não é um regime inovador da jurisdição administrativa dos tempos modernos. No ano de 1846, o Conselho de Estado fez história ao decidir suspender a eficácia de uma proposta da Câmara Municipal do Porto «*que proibia as fábricas de velas de sêbo no interior da cidade e «em lugares privados» e obrigava os respectivos donos a removê-los «para fora dos limites das Barreiras, dentro do prazo de quatro meses a contar da data da sua publicação»*», proposta do Conselho de Estado que a Rainha homologou¹.

Pese embora o percurso da tutela cautelar das normas regulamentares nos remeter para o séc. XIX, presumindo anos de prática, reflexão e evolução, em abono da verdade, o percurso da tutela cautelar do poder regulamentar não é tão auspicioso como as expectativas criadas pelo seu ponto de partida. Tanto mais, no início do séc. XXI o Tribunal Constitucional ainda duvidava da sua constitucionalidade².

E, não obstante a aprovação do CPTA de 2002 ter dissipado definitivamente as dúvidas que ainda poderiam pairar sobre o regime da tutela cautelar do regulamento, consagrando-o definitivamente como meio de tutela jurisdicional efetiva, nos termos do art. 130.º; volvidos quase 20 anos, o regime da tutela cautelar do regulamento administrativo permanece praticamente intocável, apesar do CPTA ter sido alvo de três importantes alterações.

O objeto de litígio, dos processos que versam sobre normas, comunga dos traços de *abstração* e de *generalidade*, exigindo uma disciplina rigorosa no quadro da tutela jurisdicional efetiva que obedeça ao princípio da eficácia geral intrinsecamente associado à norma regulamentar.

¹ Cfr. MARIA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS GARCIA, «*Suspensão da eficácia de um acto administrativo ou de uma norma regulamentar*», in: Reforma do Contencioso Administrativo: O Debate Universitário, V. I., Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p 174.

² ISABEL CELESTE M. FONSECA assinala a dúvida do TC quanto à constitucionalidade do regime da tutela cautelar da norma regulamentar com referência ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 556/00 (de 13.12.2000), vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência – contributos para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009, pp. 255 e 256.

A bem dizer, o regulamento administrativo é como um “*Deus de muitas faces*”, apresenta-se no ordenamento jurídico pelas mais variadas formas e através dos mais variados órgãos da administração pública, atingindo um número indeterminado de administrados com a mesma intensidade que o ato administrativo atinge a esfera jurídica de um único particular³.

Mas não é só pela generalidade e abstração que estas matérias merecem especial atenção. São atividades administrativas unilaterais que podem contemplar os mais variados ramos do direito administrativo, desde o direito do urbanismo, ao direito do ambiente, ao direito da contratação pública, do emprego público, enfim. As potencialidades de litígios que possam versar sobre normas são infindáveis.

E, certo é que, no quadro do contencioso administrativo, estas inquietações na configuração dos regimes processuais que versam sobre normas regulamentares não se findam com a compatibilidade do princípio da tutela jurisdicional efetiva ao princípio da eficácia geral. Há outros núcleos que são indissociavelmente “problemáticos”. Veja-se, nomeadamente, a harmonização entre a jurisdição administrativa e a jurisdição constitucional, em ambas o tribunal é competente para a fiscalização abstrata das normas regulamentares⁴; ou, podemos também salientar, o próprio princípio da separação de poderes e, nesta senda, o *reccio* da função jurisdicional compelir a função administrativa.

Talvez estas inquietações justifiquem a marca dualista deste regime. Marca que construiu a história da tutela regulamentar no ordenamento jurídico português. Primeiro, entre as vias de impugnação de normas regulamentares do Governo e as vias de impugnação de normas regulamentares das Autarquias Locais; segundo, após a aprovação do CPTA de 2002, as vias de impugnação das normas regulamentares passaram a configurar-se não pelo órgão que aprovou a norma, mas daí em diante, pelos seus efeitos gerais ou circunscritos ao caso concreto⁵.

³ Como bem assinala JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, a noção de regulamento administrativo inclui para além dos regulamentos tradicionais, os *estatutos* auto-aprovados de entes corporativos e institucionais (como é o caso das Universidades), os *regimentos* de órgãos colegiais, as *convenções* administrativas de carácter regulamentar, os *planos* de gestão territorial e os *programas* de concursos, designadamente na contratação pública, vide JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, COIMBRA JURÍDICA, 5.ª edição, 2017, p. 143.

⁴ Para mais desenvolvimentos sobre a fiscalização abstrata das normas regulamentares no âmbito do contencioso administrativo, vide LICÍNIO LOPES MARTINS/ JORGE ALVES CORREIA, «*O novo regime do CPTA em matéria de impugnação de normas: como transpor a inconstitucionalidade do art. 73.º, n.º 2º?*», in: Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 114, Nov.-Dez. 2015, Braga, pp. 16 e ss.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 4.ª Ed., 2018, pp. 527 e ss.; PEDRO MONIZ LOPES, «*Apontamentos sobre a apreciação da inconstitucionalidade de regulamentos pelos tribunais administrativo*», in: Contencioso das Normas Regulamentares, Coleção Formação Contínua, de maio de 2020, publicado pelo Centro de Estudos Judiciários.

⁵ Para mais desenvolvimentos sobre a matéria, vide CARLA AMADO GOMES, «A suspensão jurisdicional de regulamentos imediatamente exequíveis. Breves reflexões», in: Textos dispersos de direito contencioso administrativo, Lisboa, 2009, pp. 281 e ss.; ISABEL CELESTE FONSECA, «*O renovado (dualismo) do contencioso da ilegalidade das normas: avanços e recuos de um regime (carente)*», texto cedido gentilmente, quer serviu de apresentação oral da autora no Centro de Estudos Judiciários, na sessão relativa a Ação de Formação Contínua sobre Impugnação Direta e Indireta ou Incidental e Omissões Regulamentares, em março de 2018. Disponível em pdf:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContenciosoNormas.pdf.

Certo é que o regulamento administrativo como instrumento exercido pela Administração Pública de caráter autoritário e unilateral⁶, que se consubstancia enquanto *enunciado* da produção de normas gerais e abstratas, ganhou palco nos mais variados ordenamentos jurídicos e, muito embora a sua nomenclatura seja diferente, o *regulamento administrativo* apresenta-se de igual forma: um ato normativo geral e abstrato criado pela Administração Pública que está subordinado à lei⁸.

No entanto, não obstante as perspetivas europeias também sentirem as mesmas inquietações que o legislador português, a verdade é que consagram soluções jurisdicionais distintas.

A Alemã apresenta-se com uma definida sistematização da tutela cautelar do regulamento administrativo, conferindo ao juiz cautelar claros poderes de conformação na determinação da medida à luz dos princípios da proporcionalidade e da menor interferência possível.

Já a perspetiva espanhola, mais limitada e debatida pela doutrina administrativista, ainda prevê na letra da Ley 29/1998, de 13 de julho, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, a restrição dos poderes do juiz cautelar à suspensão da eficácia das *disposiciones de carácter general*. Mas, ao contrário do legislador português, a ação particular está configurada à produção de efeitos gerais e abstratos.

Antes, a sistematização da tutela dos regulamentos parte do princípio de que os vícios dos regulamentos administrativos podem fundamentar os litígios do contencioso administrativo tanto através da tutela direta (e principal) da norma – quando esta é o objeto de litígio –, mas também, através da tutela incidental da norma, tendo como objeto de litígio o ato administrativo que aplica a norma mediadamente operativa.

Pese embora o legislador ordinário estabelecer, nos termos dos art. 72.º ao art. 77.º, do CPTA, diferentes regimes de impugnação do regulamento e de condenação à emissão de normas⁹, a verdade é que no sistema cautelar, não veio consagrar uma total correspondência com as pretensões da ação principal.

⁶ Nesse sentido, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*, Almedina, 2.ª Edição, 2016, pp. 42 e ss.

⁷ PEDRO MONIZ LOPES alude à distinção entre regulamento administrativo e norma regulamentar entendendo que o regulamento é a *fonte*, ou seja, o modo de relevar o direito, a «*forma de produção de enunciados normativos e [o] veículo de introdução de unidades de dever ser no ordenamento*», ao passo que, a norma regulamentar é a própria unidade contida no enunciado que confere poderes normativos ou decisórios. Este rigor terminológico não foi atendido pelo legislador no art. 135.º do NCPTA (Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro) consagrando, na verdade, uma longa tradição de indistinção que no entender do autor é um «*entrate ao rigor dogmático*». Para mais desenvolvimentos, vide PEDRO MONIZ LOPES, «*Objecto, condições e consequências da invalidade regulamentar no novo Código do Procedimento Administrativo*», in: Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo, coordenação de CARLA AMADO GOMES/ ANA FERNANDES NEVES/ TIAGO SERRÃO, AAFDL, 2.ª reimpressão, Lisboa, 2015, pp. 515 e ss.

⁸ Para mais desenvolvimentos vide BENOÎT DELAUNAY, «*Presentation Generale*», in: L'Acte Administratif a Portee Generale et son Controle Juridictionnel, Société de législation comparée, Composition du groupe de travail: AURÉLIEN ANTOINE/ ANTOINE CLAEYS/ BENOÎT DELAUNAY/ AUREORE GAILLET/ MARIE GAUTIER-MELLERAY/ FRANÇOIS-VIVIEN GUIOT/ JEAN LATOURNERIE/ THOMAS PERROUD, 2015, disponível em pdf: https://www.ut-capitole.fr/medias/fichier/rapport-sur-le-contrôle-des-actes-a-portee-generale_1532701281852.pdf.

⁹ Sobre o tema, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre os Regulamentos ...*, cit., pp. 412 e ss.; ISABEL CELESTE FONSECA, «*O renovado (dualismo) do contencioso...*», cit.; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício do Poder Regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Impugnação Direta e Indireta de Regulamentos e Omissões Regulamentares)*» in: Contencioso das Normas Regulamentares, Coleção Formação Contínua, de maio de 2020, publicado pelo Centro de Estudos Judiciários.

Posto isto, iremos procurar compreender quais as pretensões do poder regulamentar no contencioso administrativo e propor uma *uniformidade* entre as suas tutelas cautelares.

Soma-se o facto de o legislador português, tal como o legislador *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, configurar na letra da epígrafe do art. 130.º, a limitação dos poderes do juiz cautelar à mera suspensão da eficácia da norma impugnada.

No entanto, caberá saber se, no contexto da tutela cautelar do regulamento administrativo, o juiz cautelar poderá conceder outras medidas para além do mero efeito suspensivo. E, no contexto da intimação à emissão de normas caberá saber se num regime *de iure condendo* as pretensões antecipatórias poderão ser apreciadas e decretadas na previsão do regime especial da tutela cautelar da norma regulamentar, atribuindo força obrigatória geral.

O legislador português na configuração do regime cautelar especial da tutela abstrata das normas regulamentares, configurou, nos termos do n.º 4, do art. 130.º, a remissão para o procedimento da suspensão da eficácia do ato administrativo, determinado a técnica do efeito suspensivo automático à tutela cautelar principal e abstrata do regulamento administrativo.

Já há muito que está assente na doutrina portuguesa que o legislador do CPTA, na concretização do regime da suspensão da eficácia do ato administrativo – previsto na disposição do artigo 128.º - teve clara influência do legislador alemão e do seu regime de suspensão da eficácia do ato administrativo, previsto na disposição do § 80 da *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*. Aliás, tal como o *modus procedendi* previsto no § 80, da VwGO, o art. 128.º do CPTA consagra um *efeito suspensivo automático* à tutela cautelar do ato administrativo.

Assim, pese embora o legislador português ter sido claramente influenciado pelo legislador alemão na concretização do *modus procedendi* do regime cautelar do ato administrativo, o mesmo não aconteceu no que ao regime cautelar do regulamento administrativo concerne.

No ordenamento jurídico alemão, o efeito suspensivo automático surge no contexto do sistema da tutela cautelar do regulamento apenas a título incidental e concreto, através da norma mediatamente operativa. Já quanto à tutela cautelar do regulamento a título principal e abstrato, *a contrario* do legislador português, não consagra qualquer efeito suspensivo automático no mero impulso do processo cautelar.

O nosso estudo – quase vinte anos depois da introdução do CPTA – vem afirmar que a configuração do regime *de iure condito* da tutela cautelar do regulamento administrativo, não partiu do quadro de direito comparado, antes, da influência do já implementado no direito interno, *maxime*, o regime cautelar do ato administrativo.

Agora, repare-se, se todo o *pano* do poder regulamentar no contencioso administrativo exige particular atenção às características específicas da norma regulamentar, em bom rigor, elas adensam-se no quadro da tutela cautelar.

A aplicação do procedimento do regime da suspensão da eficácia da norma ao regime cautelar do ato administrativo, não só promove uma *mítica* confusão entre os dois, como, ainda, coloca em *xequê* o princípio da eficácia geral que está intrinsecamente associado ao seu objeto de litígio.

Logo, cumpre refletir sobre todas as consequências do mero impulso processual da suspensão da eficácia da norma com força obrigatória geral que produz automaticamente efeitos na esfera de todos os destinatários da norma, mesmo antes de qualquer apreciação do juiz cautelar. Por conseguinte, pretendemos demonstrar que o direito posto não garante uma adequada repartição de riscos aos interesses de todas as partes em litígio, quer sejam beneficiários da suspensão, quer sejam contrainteressados¹⁰ da concessão da medida cautelar.

Nesta senda, vamos refletir sobre as consequências e fragilidades do procedimento, mormente quando aplicado à tutela cautelar abstrata do regulamento administrativo, bem como da difícil conciliação deste regime com as disposições do sistema geral.

O sistema geral das providências cautelares do ordenamento jurídico português, consagrado no CPTA de 2002, apresenta consideráveis dificuldades quando conciliado com o regime cautelar especial do ato administrativo, previsto na disposição do art. 128.^o¹¹. Aliás, as sucessivas reformas ao CPTA têm introduzido alterações significativas ao preceito. No entanto, todas as constantes alterações ao regime do artigo 128.^o apenas projetaram preocupações no que à tutela cautelar do ato administrativo concerne, não contemplando a necessária configuração da sua aplicação às normas regulamentares, especialmente, quando a suspensão da eficácia da norma é requerida à tutela cautelar abstrata e principal, transferindo a “*terra movediça*” para a esfera da tutela cautelar do regulamento.

Fragilidades que, na conciliação de todo o sistema cautelar com o universo da tutela do regulamento, promovem inúmeras questões à reflexão do tema:

i) a epigrafe inalterável do art. 130.^o prevê: «*suspensão da eficácia de normas*», epigrafe que parece reservar a tutela cautelar do regulamento à mera suspensão da norma impugnada; mas será que

¹⁰ Para todas estas considerações iniciais, *vid.* ISABEL CELESTE M FONSECA, «*A aplicação do art. 128.^o do CPTA à suspensão da eficácia das normas: notas outsider the box*», co-autoria SARA CRISTINA REBELO MAGALHÃES, CJA, (no prelo).

¹¹ Certo é que o Anteprojeto de Revisão do CPTA de 2015 propôs importantes alterações ao regime do art. 128.^o, que por força do n.º 4, do art. 130.^o, é aplicado à tutela da suspensão da eficácia das normas, no entanto, o legislador ordinário não as contemplou no Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro. Sobre as propostas do Anteprojeto de Revisão de 2015 que contemplavam o regime do art. 128.^o e por força da remissão do art. 130.^o, n.º 4 o próprio regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares, *vide* ISABEL CELESTE M. FONSECA / JOANA DURO, «*Alteração ao regime de suspensão da eficácia do acto administrativo*», in: O Anteprojeto de revisão do CPTA e do ETAF em debate», coord. CARLA AMADO GOMES/ ANA NEVES, AAFDL, Lisboa, 2014; e, ainda, DIOGO CALADO, «*O novo regime da suspensão de eficácia de acto administrativo no âmbito das providências cautelares impugnatórias*», in: O Anteprojeto de revisão do CPTA e do ETAF em debate», coord. CARLA AMADO GOMES/ ANA NEVES, AAFDL, Lisboa, 2014.

a tutela cautelar do regulamento não merecerá outras medidas, seguindo o disposto nos termos do art. 120.º, n.º 3?;

ii) no mesmo sentido, como podem cumular pretensões cautelares conservatórias ou antecipatórias com a da suspensão da eficácia de normas?;

iii) como apreciar os pressupostos de decretamento, nos termos do art. 120.º, n.ºs 1 e 2 do CPTA?;

iv) da conciliação do regime com o regime da antecipação da decisão de fundo;

v) da conciliação do regime do art. 130.º com o regime de decretamento provisório, nos termos do art. 131.º¹².

Os objetivos desta dissertação de mestrado não só visam superar os inegáveis problemas do procedimento, mormente por não tutelar dignamente os interesses de terceiros, mas também – entendemos merecer especial e urgente reflexão – a concreta delimitação de todas as pretensões que o legislador ordinário deverá contemplar no regime especial da tutela cautelar das normas regulamentares e, conseqüentemente, a clara determinação das medidas a decretar e a produção dos seus efeitos entre a tutela abstrata e a tutela concreta dos regulamentos.

Posto isto, esta dissertação está dividida em três capítulos com objetivos distintos e concretamente definidos, a saber:

- 1.º No primeiro capítulo, a nossa investigação procurará analisar o quadro jurídico existente do regime cautelar especial que versa sobre normas, *rectius* o art. 130.º. Desde a evolução do seu quadro legal à importância da suspensão da eficácia das normas regulamentares, com particular ênfase, uma posição crítica ao regime propriamente dito (pressupostos, procedimento e poderes do juiz cautelar). Em síntese, este primeiro capítulo visa a demonstração das limitações do regime da suspensão da eficácia das normas como configurado pelo legislador no art. 130.º, do CPTA.

¹² Nas considerações ao regime da suspensão da eficácia de normas regulamentares, ISABEL CELESTE M. FONSECA evidencia algumas fragilidades do quadro normativo, equacionando as seguintes possibilidades: i) cumulação de pretensões cautelares conservatórias ou antecipatórias com a da suspensão da eficácia de normas; ii) condenação na imediata correção da norma, como previsto no art. 132.º, n.º 5, CPTA; iii) a audição dos “contra-interessados” a quem a adoção da providência cautelar possa diretamente prejudicar; iv) a aplicação do n.º 2 do art. 120.º do CPTA à questão do levantamento do efeito suspensivo; v) a condenação antecipada de norma devida, mormente através da antecipação da decisão do mérito; vi) a responsabilização do requerente por ter existido utilização abusiva da providência cautelar; e vii) o papel do Ministério Público nos processos cautelares que versam sobre normas. Para todas estas considerações, *vide* ISABEL CELESTE FONSECA, « *O renovado (dualismo) do contencioso...*, cit., p. 16.

2.º No segundo capítulo, o nosso estudo versará sobre a análise do quadro comparado, nas perspetivas Alemã e Espanhola, e na “procura” de respostas aos problemas encontrados no direito posto do ordenamento jurídico português. Tanto na compreensão das pretensões a enquadrar no sistema da tutela cautelar do regulamento administrativo, como a concreta medida a adotar e a conciliação do “*subsistema*” cautelar do regulamento administrativo com o sistema cautelar geral.

3.º Por último, no terceiro capítulo, vamos refletir sobre as ausências de tutela jurisdicional efetiva do regime cautelar especial que versa sobre normas.

A afirmação das limitações do art. 130.º e a procura de soluções noutros ordenamentos jurídicos conduzirão esta dissertação à configuração de um regime *de iure* condendo que apresente um *esboço* ao sistema cautelar do regulamento administrativo no âmbito da justiça administrativa.

Em bom rigor, a nossa proposta *de iure condendo* visa garantir o cumprimento do princípio da tutela jurisdicional efetiva, princípio que não se configura na mera consagração de um meio processual, a disciplina deverá garantir o vínculo ao princípio do prazo razoável e do processo equitativo.

«Es soll nicht genügen, daß man Schritte tue, die einst zum Ziele führen, sondern jeder Schritt soll Ziel sein und als Schritt gelten.»¹³

¹³ JOHANN WOLFGANG VON GOETHE, *Gespräche*. Mit Johann Peter Eckermann, 18. September 1823.

CAPÍTULO 1 – QUADRO JURÍDICO EXISTENTE

OBJETIVO: AS LIMITAÇÕES DO ART. 130.º, DO CPTA

Sumário: § 0. Nota prévia. §1. A evolução do quadro- legal Português do regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares. §2. A sistematização do poder regulamentar no contencioso administrativo. §3. O regime especial da suspensão da eficácia das normas regulamentares § 4. Em jeito de balanço

§0. Nota prévia

O art. 130.º, do CPTA, consagra o regime da suspensão da eficácia de normas regulamentares, regime cautelar especial que salvaguarda os efeitos da ação principal que versa sobre a invalidade da norma (ou do regulamento) administrativa.

Pese embora o regime cautelar da norma regulamentar se possa aproximar do regime do ato administrativo - o que aliás tem promovido uma *mítica* confusão entre os seus objetos -, o percurso evolutivo foi acompanhando a ação de impugnação de normas regulamentares, *maxime* o regime de impugnação de normas, entre *avanços e recuos* (§1).

Só em 2002, com a aprovação do CPTA, o regime da suspensão da eficácia de normas viria a cumprir com a exigência constitucional da tutela jurisdicional efetiva, na configuração de meios à tutela jurisdicional das normas regulamentares, sendo, por conseguinte, o regime da suspensão da eficácia de normas o regime cautelar instrumental às ações de impugnação estabelecidas nos termos do art. 73.º, do CPTA (§2).

Cumpre evidenciar que o regulamento administrativo surge no ordenamento jurídico enquanto atividade unilateral da administração pública que se concretiza sobre os pendores da *abstração* e *generalidade*, garantindo-lhe uma relação intrínseca ao princípio da eficácia geral. Por seu turno, os atos

administrativos - não obstante, tal como os regulamentos, caracterizarem-se enquanto atividade administrativa unilateral - são instrumentos *individuais e concretos*.

No entanto, apesar da distinta produção de efeitos jurídicos na comparação entre o regulamento administrativo e ato administrativo, o legislador ordinário configurou o mesmo procedimento cautelar no domínio do contencioso administrativo, a seguir os termos do art. 128.º (*ex vi* 130.º, n.º 4).

Posto isto, o procedimento estabelecido para o regime da suspensão da eficácia do ato administrativo é particularmente relevante por promover um **efeito suspensivo automático** ao mero impulso do requerimento cautelar.

E, podemos já adiantar, desde a sua consagração a técnica processual do efeito suspensivo automático não acolhe a simpatia de toda a doutrina administrativista. Para FREITAS DO AMARAL tratar-se-ia de uma «*nova modalidade do privilégio da execução prévia, gravosa para os particulares e desprestigiantes para os tribunais*»¹⁴.

Soma-se, em abono da verdade, todas as constantes alterações ao regime do artigo 128.º apenas projetaram preocupações no que à tutela cautelar do ato administrativo concerne, não contemplando a necessária configuração da sua aplicação às normas regulamentares, especialmente, quando a suspensão da eficácia da norma é requerida à norma regulamentar com força obrigatória geral.

Neste primeiro capítulo, vamos procurar compreender que implicações resultam da aplicação do art. 128.º ao regime da suspensão da eficácia da norma regulamentar e, conseqüentemente, considerar a tutela de todos os interesses associados ao caráter da generalidade e abstração do seu objeto de litígio (**§3**).

§1. A evolução do quadro- legal Português do regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares

O regime da impugnação da norma regulamentar foi concretizado pelo legislador ordinário logo com a aprovação do primeiro Código Administrativo, em 1836¹⁵. Contudo, o meio processual da suspensão de eficácia da norma regulamentar apenas viria a ser consagrado mais de 100 anos depois, na reforma do Código Administrativo introduzida pelo DL n.º 31095, de 31 de dezembro de 1940¹⁶. No

¹⁴ Para mais desenvolvimentos sobre o impacto da concretização do efeito suspensivo automático na jurisdição administrativa portuguesa, vide MARIA FERNANDA DOS SANTOS MAÇÃS, *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, Boletim da Faculdade de Direito Coimbra, Coleção Studia Jurídica n.º 22, COIMBRA EDITORA, 1996, p. 146.

¹⁵ Para todas estas considerações, vide CARLA AMADO GOMES, «*A suspensão jurisdicional de regulamentos...*», cit.

¹⁶ Cfr. artigos 365.º e 820.º, § único, n.º 6 do DL n.º 31095, de 31 de dezembro de 1940. Disponível em pdf.: <https://dre.pt/application/conteudo/158453>.

entanto, durante todo o período, à jurisdição administrativa apenas competia a resolução de litígios de normas regulamentares emitidas pelos órgãos da administração local e regional¹⁷.

Os *ventos mudaram* com a aprovação do ETAF e da LPTA, em 1984 e 1985 respetivamente. A suspensão de eficácia das normas regulamentares foi considerada como “*persona non grata*” do contencioso administrativo. Já que os dois diplomas omitiam qualquer referência ao mecanismo cautelar da ação de impugnação de normas.

Esta omissão foi imediatamente sentida nas decisões da jurisdição administrativa, tendo o STA interpretado o silêncio do legislador como pressuposto de inadmissibilidade do pedido da tutela cautelar da norma regulamentar¹⁸.

Cumprir notar, a posição do STA considerava a tese da inadmissibilidade de A. QUEIRÓ, fundamentada através dos artigos 26.º, n.º 1, al. m) e 51.º, n.º 1, al. l) do ETAF. Preceitos que configuravam a suspensão da eficácia do ato sem qualquer referência à suspensão da eficácia da norma regulamentar, o que segundo a teoria de A. QUEIRÓ excluiria, conseqüentemente, a tutela cautelar da norma regulamentar da esfera do contencioso administrativo¹⁹.

E, não obstante, a declaração de voto do Juiz Conselheiro LUCIANO PATRÃO, no Ac. do STA de 13 de maio de 1985, defender a aplicação da suspensão da eficácia das normas, através das disposições nos arts. 820.º, § único, n.º 6 e 365.º do Código Administrativo, por remissão da disposição geral do art. 24.º, al. a) da LPTA, bem como pela ausência de qualquer referência à matéria da suspensão da eficácia das normas na disposição do art. 4.º do ETAF – disposição que se concretizava na epígrafe: «*limites da jurisdição*»²⁰, o STA rapidamente procurou refutar o juiz conselheiro.

Assim, o STA entendeu que a omissão do legislador nos diplomas do ETAF e da LPTA teria sido intencional, na medida em que a suspensão da eficácia da norma regulamentar seria inconciliável com o próprio sistema da jurisdição administrativa previsto nos termos do art. 11.º, n.º 1 do ETAF. Não poderia a aplicação da suspensão da eficácia da norma ser concebida, se a declaração de ilegalidade da norma apenas visava produzir efeitos a partir do trânsito em julgado²¹.

¹⁷ Cfr. artigos 796.º e ss. DL n.º 31095, de 31 de dezembro de 1940.

¹⁸ Com referência às decisões do STA, mormente os Acórdãos de 17 de maio de 1988, proc. n.º 25946; de 13 de dezembro de 1990, proc. n.º 26693; de 7 de agosto de 1991, proc. n.º 29686 e, de 10 de dezembro de 1991, proc. n.º 3000495, vide MARIA FERNANDA DOS SANTOS MAÇÃS, *A suspensão judicial da eficácia ...*, cit., nota 240, p. 119.

¹⁹ Com referência às decisões do STA, mormente os Acórdãos de 17 de maio de 1988, proc. n.º 025946, e de 9 de maio de 1996, recurso n.º 40044-A. Disponíveis em: <http://www.dgsi.pt/>.

²⁰ Para mais desenvolvimentos, vide CARLA AMADO GOMES, «*A suspensão jurisdicional de regulamentos...*», cit., p. 217 e MARIA FERNANDA DOS SANTOS MAÇÃS, *A suspensão judicial da eficácia ...*, cit., nota 241, p. 120.

²¹ Cfr. art. 11.º, n.º 1 do DL n.º 129/84, de 27 de abril. Disponível em pdf.: <https://dre.pt/application/conteudo/655081>.

Pois bem, de facto, o STA manteve esta posição até à aprovação do CPTA de 2002 o que se fez sentir na doutrina, ainda na década de 90, que foi dedicando um espaço reflexivo à consagração da suspensão da eficácia das normas regulamentares enquanto meio da tutela jurisdicional efetiva²².

Neste sentido, em 1997, CARLA AMADO GOMES procurou demonstrar que os argumentos da inadmissibilidade do pedido da suspensão da eficácia das normas regulamentares seriam rebatíveis.

A autora defendia que se a tutela cautelar do ato administrativo não apresentava qualquer dúvida enquanto meio de tutela jurisdicional efetiva, a mesma lógica deveria ser garantida no âmbito da tutela cautelar da norma regulamentar, tanto mais que, aqui, a ausência de tutela cautelar colocaria *em risco a estabilidade do ordenamento, a segurança jurídica e a prossecução do interesse público*²³.

Assim, à data, em resposta à ausência de meio que garantisse o cumprimento do princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva, a autora defendia a extensão interpretativa do regime da suspensão da eficácia do ato administrativo (consagrado nos termos dos arts. 76.º, n.º 1 e 77.º, n.º 2, da LPTA) à tutela cautelar da norma regulamentar²⁴.

Só na grande reforma da jurisdição administrativa concretizada pela aprovação do CPTA de 2002, perante um novo quadro jurídico-político, a suspensão é consagrada à tutela cautelar da norma regulamentar como forma de garantir a utilidade da sentença do regime de impugnação de normas e, pela primeira vez, a tutela cautelar das normas configurou as normas emitidas pelos órgãos da administração central.

O CPTA de 2002 tornou-se um diploma histórico, transformou verdadeiramente todo o regime do contencioso administrativo em matéria cautelar²⁵.

Neste diploma, o legislador consagrou no Título IV um regime na lógica do princípio da atipicidade das providências cautelares. Quer isto dizer que o CPTA veio configurar a possibilidade do Tribunal administrativo - ao lado da clássica suspensão da eficácia do ato administrativo – conceder toda e qualquer providência cautelar antecipatória e conservatória, desde que esta se mostrasse adequada a assegurar a utilidade da sentença a proferir no processo principal²⁶.

Na verdade, para além deste amplo leque de pretensões - próprio de um regime de *numerus apertus* -, o legislador veio consagrar, ainda, disposições particulares para acautelar objetos e

²² Com particular relevância, vide CARLA AMADO GOMES, «A suspensão jurisdicional de regulamentos...», cit., e MARIA FERNANDA DOS SANTOS MAÇÃS, *A suspensão judicial da eficácia ...*, cit., pp. 118 e ss.; PEDRO MACHETE, «A suspensão jurisdicional da eficácia dos actos administrativos», in: O Direito, ano 123, abril/ setembro, 1991; PAULO OTERO, «A execução do acto administrativo no Código do Procedimento Administrativo», in: SJ, n.º 238/240, 1992.

²³ Cfr. CARLA AMADO GOMES, «A suspensão jurisdicional de regulamentos...», cit., p. 220.

²⁴ Para mais considerações, vide CARLA AMADO GOMES, «A suspensão jurisdicional de regulamentos...», cit., p. 221; e, no mesmo sentido, PEDRO MACHETE, «A suspensão jurisdicional da eficácia ...», cit., p. 283.

²⁵ Cfr. Exposição de motivos da Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, in: Reforma do Contencioso Administrativo: O Debate Universitário, V. II, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

²⁶ Cfr. Exposição de motivos da Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, ..., cit.

necessidades concretas, cap. II, deste Título IV. E, veja-se, neste cap. II o legislador estabeleceu o regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares que, desde então, continua localizado na configuração do art.130.º.

O CPTA de 2002, contemplou outra grande transformação no que ao poder regulamentar no contencioso administrativo concerne.

O legislador estabeleceu, nos termos do art. 76.º, n.º 1, a regra geral da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral produzir efeitos retroativos. Assim, substituiu a produção dos efeitos após trânsito em julgado da decisão, enquanto regra, para a produção de efeitos desde a entrada em vigor da norma. Consequentemente, promoveu a alteração da lógica do efeito *ex nunc* para um regime de efeito *ex tunc*.

Esta alteração foi essencial para refutar os argumentos da exclusão do regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares do STA e da teoria da inadmissibilidade de A. QUEIRÓ.

Outra grande inovação no regime do poder regulamentar do contencioso administrativo introduzida pelo CPTA, e que merece a nossa evidência neste estudo, foi a consagração do legislador no disposto do art. 77.º com a epígrafe «*declaração de ilegalidade por omissão*». Uma solução totalmente inovadora no quadro da jurisdição administrativa portuguesa ao estabelecer a possibilidade do tribunal administrativo ser chamado a intervir na verificação da existência de situações de ilegalidade por omissão, cuja condenação à emissão fosse devida para dar exequibilidade a atos legislativos carentes de regulamentação²⁷.

Todavia, o quadro cautelar do poder regulamentar, enquanto regime de objetos e necessidades concretas, apenas contemplou as pretensões da suspensão da eficácia da norma regulamentar com força obrigatória geral e com efeitos circunscritos ao caso concreto.

Nesta lógica, veja-se que a própria epígrafe da disposição do artigo 130.º **permanece inalterada desde a sua génese** enquanto «*suspensão da eficácia de normas*», parecendo afastar qualquer outra pretensão ao seu regime.

A primeira versão do regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares, introduzida pelo CPTA de 2002, consagrava que o *interessado* na declaração da ilegalidade da norma regulamentar imediatamente operativa poderia requerer a suspensão da eficácia dessa norma com efeitos circunscritos ao seu caso (130.º, n.º 1) e que o Ministério Público poderia requerer a suspensão dos efeitos de

²⁷ Cfr. Exposição de motivos da Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, ..., cit.

qualquer norma em relação à qual tivesse deduzido ou se propusesse deduzir pedido de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral²⁸.

Quanto ao seu *modus procedendi*, desde a sua génese, o regime da suspensão da eficácia da norma regulamentar aplica, através do n.º 3 do art. 130.º, com as adaptações que fossem necessárias, os artigos do regime da suspensão da eficácia do ato administrativo, art. 128.º e 129.º.

A disposição do art. 128.º foi configurada no CPTA, sem grandes alterações do anterior preceito da LPTA que versava sobre a tutela cautelar do ato administrativo, *rectius* o art. 80.º, da LPTA²⁹.

E, em bom rigor, a disposição do art. 80.º, da LPTA, aplicada à suspensão da eficácia do ato administrativo, foi concretizada por uma significativa influência do legislador alemão da *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*. A influência do legislador alemão foi sentida na disposição³⁰ na medida em que, tal como o preceito §80, da VwGO, o legislador português consagrou a técnica do efeito suspensivo automático à tutela cautelar do ato administrativo.

Ora, este facto é particularmente relevante porque, no âmbito do poder regulamentar, a produção de efeitos gerais da tutela cautelar não está configurada sobre o preceito do §80, da VwGO, antes, o legislador alemão estabeleceu a disciplina através do disposto no §47.6, da VwGO que não garante um efeito suspensivo com o mero impulso cautelar. Esta ausência de correspondência com o ordenamento jurídico alemão conduz-nos à firme convicção de que a disciplina do processo cautelar da norma regulamentar foi configurada sobre as considerações do direito interno do ato administrativo, não contemplando, como sucedeu com a tutela cautelar do ato administrativo, uma disciplina já densificada noutros ordenamentos jurídicos.

Mas será que as características da norma regulamentar da abstração e generalidade não deverão acolher uma disciplina própria às suas necessidades?

A segunda versão do regime foi introduzida pela Lei n.º 4-A/2003, de 16 de fevereiro. Este diploma deu um novo corpo aos n.ºs 2 e 3 do art. 130.º. Ora, nos termos do n.º 2, a legitimidade ativa do requerimento da suspensão com força obrigatória geral da norma regulamentar foi alargada a

²⁸ Cfr. art. 130.º da Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro que aprovou o Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Disponível em pdf.: <https://dre.pt/application/conteudo/280920>.

²⁹ Nesse sentido e para mais considerações, *vide* ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência...*, cit.; DIOGO CALADO, «*O novo regime da suspensão de ...*», cit.

³⁰ O preceito da disposição do art. 80.º da LPTA consagrava que:
«ARTIGO 80.º

(Suspensão provisória)

1 – A autoridade administrativa, recebido o duplicado do requerimento de suspensão, só pode ‘iniciar ou prosseguir a execução do acto, antes do trânsito em julgado da decisão do pedido, quando, em resolução fundamentada, reconheça grave urgência para o interesse público na imediata execução.

2 – Fora do caso previsto na parte final do número anterior, cumpre à autoridade que receba o duplicado do requerimento impedir, com urgência, que os serviços competentes ou os interessados procedam à execução.

3 – No caso de execução indevida, o tribunal, a requerimento do interessado e ouvindo a autoridade requerida, pelo prazo de 7 dias, e o Ministério Público, pelo prazo de 2 dias, pode declarar ineficazes, para efeitos da suspensão, os actos de execução praticados, sem prejuízo a responsabilidade que couber.»
Disponível em pdf.: https://www.stadministrativo.pt/ficheiros/2018/08/DecretoLei_267_85.pdf.

qualquer legítimo demandante dos pedidos de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral desde que tenham deduzido ou se propusessem deduzir o pedido na ação principal.

No entanto, a nova disposição do n.º 3 determinou que à exceção do MP a *demonstração de que a aplicação da norma em causa teria sido recusada por qualquer tribunal, em três casos concretos, com fundamento na sua ilegalidade*.

Quanto ao procedimento previsto no n.º 3 da Lei n.º 15/2002 foi transferido, sem qualquer alteração, para a disposição do n.º 4.

A terceira versão do regime foi introduzida pelo DL n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, e recorde-se que conduziu a uma verdadeira transformação do regime da impugnação das normas regulamentares.

Efetivamente, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 73.º, o *lesado* pode peticionar, desde então, a declaração da ilegalidade da norma com força obrigatória geral como a declaração da norma com efeitos circunscritos ao caso concreto, apresentando como objeto do litígio a norma imediatamente operativa. Assim, ao abandonar o critério da operatividade enquanto único pressuposto diferenciador dos pedidos da declaração de ilegalidade da norma acabaria por aditar uma relevante dicotomia entre os pressupostos de fundamentos a serem demonstrados pelo autor (*rectius* **vícios de simples ilegalidade vs. vícios de inconstitucionalidade**).

Mas se é assinalável a intervenção do legislador no âmbito do regime da impugnação - significativa intervenção com influência no impacto do direito substantivo promovido pelo DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro³¹ – as alterações à tutela cautelar não mereceram igual preocupação.

As alterações introduzidas pela reforma de 2015 do CPTA, consistiram essencialmente: i) na revogação do n.º 3, posição que, aliás, se coaduna com a alteração do art. 73.º, n.º 1, promovida pelo mesmo diploma e que desconsiderou o pressuposto da *recusa por qualquer tribunal, em três casos concretos*; e, ii) o n.º 2 que veio limitar a legitimidade ativa do requerimento da suspensão da eficácia da norma regulamentar com força obrigatória geral ao MP e às pessoas e entidades referidas no n.º 2 do art. 9.º.

Quanto à última versão, a quarta e mais recente, introduzida pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, deu um novo corpo ao n.º 4. Esta alteração consistiu no aspeto meramente formal de evidenciar os artigos 128.º, 129.º e 81.º, n.º 3.

³¹ Para mais desenvolvimentos sobre a intensidade das alterações ao regime substantivo do poder regulamentar introduzidas pelo NCPA, DL n.º 4/2015, vide CARLOS BLANCO DE MORAIS, « *Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no Código do Procedimento Administrativo* », in: O novo Código do Procedimento Administrativo, coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em pdf.: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_novo_CPCA.pdf.

Mas importará assinalar, tal como evidenciam RICARDO PEDRO/ ANTÓNIO MENDES OLIVEIRA, a agora remissão para os termos do n.º 3, do art. 81.º consagra o fim, o modo e a metodologia necessária para o conhecimento dos contrainteressados. Para os autores, o legislador, até então, não assegurava uma disposição particular à tutela cautelar da norma regulamentar no que aos contrainteressados concerne, apesar do objeto deste regime não pressupor a individualidade de efeitos do regime das disposições comuns³².

Volvidos quase vinte anos desde a aprovação do CPTA, cumpre evidenciar se as pequenas alterações que o regime foi sofrendo foram efetivamente suficientes para garantir tutela jurisdicional efetiva ao regime cautelar da tutela da norma regulamentar.

§2. A sistematização do poder regulamentar no contencioso administrativo

Os regimes cautelares são regimes meramente acessórios à ação de plena cognição, visando a salvaguarda dos efeitos da decisão da causa, a título provisório. Logo, a consideração do regime acessório pressupõe uma esclarecedora reflexão sobre a ação principal que este visa acautelar.

Nesta lógica, o regime do art. 130.º, do CPTA, foi configurado como regime cautelar especial acautelar as particularidades da norma regulamentar, na salvaguarda dos efeitos do regime de impugnação previsto nos termos do art. 73.º, do CPTA. Regimes de impugnação que acolhem o pendore objetivista associado ao controlo judicial da ilegalidade dos regulamentos.

Antes, importa ter presente que a doutrina administrativista adotou um conjunto de critérios para classificar cada tipo de regulamento.

Assim, as classificações abrangem os critérios da eficácia, das relações administrativas que estes possam regular, das suas ligações com a lei e - o critério particularmente relevante no contencioso administrativo no âmbito da impugnação de normas regulamentares - o critério da operatividade³³.

Neste sentido, as normas mediatemente operativas são normas que só vigoram na esfera do sujeito quando se projetam através de atos administrativos ou judiciais; já as *normas imediatamente operativas* produzem os seus efeitos na esfera jurídica dos destinatários pela sua mera previsão, sem depender de qualquer ato administrativo. É, pois, exemplo, tanto as normas regulamentares que *proíbem ou imponham condutas específicas a pessoas determinadas ou determináveis*, como também é o caso

³² Cfr. RICARDO PEDRO/ ANTÓNIO MENDES OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos: Anotação à Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*, Almedina, novembro de 2019. Disponível em: <http://books.google.com/books>.

³³ Para mais desenvolvimentos, vide FERNANDA PAULA OLIVEIRA/ JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, 4.ª edição, 2016, p. 154.

das normas que restringem ou modificam um determinado estatuto, como as que fixam o custo de um bem ou serviço ou até, os próprios *planos urbanísticos* com “*eficácia plurisubjetiva*”³⁴.

Ora, posto isto, certo é que há uma inegável aproximação do conceito do regulamento administrativo ao conceito do ato administrativo, ambos caracterizam-se enquanto exercícios da administração pública de poder autoritário e unilateral. Todavia, a judicialização dos seus litígios conheceu percursos evolutivos manifestamente distintos.

Nesta senda, se por um lado, a impugnação judicial do ato administrativo evoluiu enquanto principal objeto do contencioso administrativo, por sua vez, o regulamento ficou marcado por *avanços e recuos*³⁵ que, por um longo período, o colocaram parcialmente fora da apreciação da jurisdição administrativa³⁶.

Em bom rigor, no início da década de 80, quando o modelo do Estado Social entrou em declínio com a crise económica vivida nos países industrializados, o Estado abandonou o seu papel de prestador e adotou uma nova disciplina jurídica de ação, tanto na economia como no mercado, regularizando-os³⁷.

A passagem do modelo de Estado Social para o modelo de Estado Regulador fez-se também sentir, em grande medida, na proliferação de regulamentos administrativos e, conseqüentemente, agudizaram-se as preocupações quanto à proteção de direitos e interesses dos seus destinatários.

É neste contexto que em 1997, o legislador constituinte aditou ao seu texto constitucional a disposição do n.º 5, do art. 268.º, estabelecendo que «*os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos*», fortalecendo a impugnação das normas regulamentares como meio de tutela jurisdicional efetiva e refutando todas as dúvidas quanto à sua constitucionalidade³⁸.

³⁴ Neste sentido, vide JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa: Lições*, Almedina, 14.ª Ed., 2015, p. 146; ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Curso de Direito Processual Administrativo Teórico-Prático*, Almedina, novembro de 2020, pp. 134 e ss.

³⁵ Sobre o assunto, vide ISABEL CELESTE FONSECA, «*O renovado (dualismo) do contencioso...*», cit.

³⁶ Embora o percurso evolutivo do processo de impugnação de normas regulamentares se tenha iniciado no primeiro Código Administrativo de 3 de dezembro de 1836, certo é que até à aprovação do ETAF - introduzido pelo DL n.º 129/84, de 27 de abril, o percurso evolutivo do poder regulamentar no contencioso administrativo ficou marcado por sucessivos avanços e recuos na solidificação do regime, afastando, praticamente em todo este período, a impugnação das normas emitidas pela administração central. Para mais desenvolvimentos nesta matéria, vide CARLA AMADO GOMES, «*A suspensão jurisdicional de regulamentos...*», cit. pp. 181 e ss. e JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*, ALMEDINA, Coimbra, abril 1987, pp. 123 e ss.; ISABEL CELESTE FONSECA, «*O renovado (dualismo) do contencioso ...*», p. 12.

³⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a passagem do Estado Prestador para o Estado Pós-Social, vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *Temas de Direito da Economia*, Almedina, 3.ª Edição, Coimbra, 2018, pp. 187 e ss. Ainda, no âmbito do poder regulamentar, vide ISABEL RIBEIRO BIRMANN, *O poder regulamentar das autoridades Reguladoras Independentes*, FDUP: Tese de Mestrado, 2018.

³⁸ Embora o percurso evolutivo do processo de impugnação de normas regulamentares se tenha iniciado no primeiro Código Administrativo de 3 de dezembro de 1836, certo é que até à aprovação do ETAF - introduzido pelo DL n.º 129/84, de 27 de abril, o percurso evolutivo do poder regulamentar no contencioso administrativo ficou marcado por sucessivos avanços e recuos na solidificação do regime, afastando, praticamente em todo este período, a impugnação das normas emitidas pela administração central. Para mais desenvolvimentos nesta matéria, vide CARLA AMADO GOMES, «*A suspensão jurisdicional de regulamentos...*», cit. pp. 181 e ss. e JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*, ALMEDINA, Coimbra, abril 1987, pp. 123 e ss.; ISABEL CELESTE FONSECA, «*O renovado (dualismo) do contencioso ...*», p. 12.

No entanto, só no início do milénio é que o legislador ordinário muniu esforços para garantir ao contencioso administrativo a reforma que há muito o legislador constituinte reclamava e que se manifestava como essencial à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A aprovação do CPTA, introduzido pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, foi crucial na consolidação do poder regulamentar no seio do contencioso administrativo, concretizando a consagração constitucional do art. 268.º, n.º 5. E, certo é que com a entrada em vigor do CPTA, o legislador instituiu inovadoramente um regime próprio de impugnação de normas regulamentares e de condenação à emissão de normas, nos artigos 72.º e seguintes.

Todavia, este regime inovador que abandonava a consagração de dois meios processuais - o processo de recurso de normas e o processo de declaração de ilegalidade - acolheu, por sua vez, um único meio processual com vista à declaração de ilegalidade das normas³⁹.

Mas, não obstante consagrar um único meio processual, o legislador estabeleceu que o pedido poderia formular-se através de duas pretensões distintas: com força obrigatória geral e com efeitos circunscritos ao caso concreto. Consequentemente, o CPTA ditou um regime dualista que prevê pressupostos processuais distintos que culminam em declarações de ilegalidade de normas com eficácia *erga omnes* e *inter partes*, respetivamente.

Recorde-se que nos termos do art. 73.º, da Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro (CPTA de 2002) a distinção dos pressupostos de impugnação consistia na *operatividade da norma*. O legislador consagrava nos termos do art. 73.º, n.º 2 que quando o objeto de litígio das vias de impugnação fosse a norma imediatamente operativa, a decisão favorável produziria efeitos circunscritos ao caso. Por seu turno, quando o objeto de litígio fosse a norma mediamente operativa, o provimento da ação visava produzir efeitos gerais.

A grande alteração viria a ser promovida pela reforma do CPTA de 2015.

As alterações introduzidas pelo DL n.º 214-G/2015, de 02 de outubro conduziram a uma verdadeira transformação do contencioso administrativo e o regime da impugnação das normas regulamentares não foi exceção.

Neste sentido, desde 2015 que a norma imediatamente operativa é configurada para os pedidos de impugnação a produzir tanto efeitos circunscritos ao caso, como efeitos com força obrigatória geral.

³⁹ Sobre o tema, vide PAULO OTERO, «*A impugnação de normas no anteprojeto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos*», in: Reforma do Contencioso Administrativo: O Debate Universitário, V. I, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 193 e ss. e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentários ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, maio de 2005, p. 371.

O legislador configurou um novo critério aos pedidos da declaração de ilegalidade da norma, aditando uma dicotomia relevante entre os *fundamentos (rectius, vícios)* apresentados pelo demandante⁴⁰.

Posto isto, desde a reforma de 2015, que a norma imediatamente operativa consagra uma verdadeira dicotomia quanto ao pressuposto processual dos fundamentos a demonstrar, entre: fundamentos de mera ilegalidade vs. fundamentos de inconstitucionalidade.

Para tanto, o art. 73.º, n.º 2 estabelece que «*quem seja diretamente prejudicado ou possa vir previsivelmente a sê-lo em momento próximo pela aplicação de norma imediatamente operativa que incorra em qualquer dos fundamentos de ilegalidade previstos no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa pode obter a desaplicação da norma, pedindo a declaração da sua ilegalidade com efeitos circunscritos ao seu caso*» (o sublinhado é nosso).

Ora, a alteração do art. 73.º, n.º 2, teve efeitos práticos também ao nível do pedido da declaração de ilegalidade da norma com força obrigatória geral.

O legislador ao consagrar a possibilidade de os interessados pugnam pelo *controlo principal e abstrato da norma*⁴¹, limitando os efeitos circunscritos ao caso concreto exclusivamente às matérias do art. 281.º, n.º 1 da CRP (*rectius*, aos fundamentos de inconstitucionalidade e de ilegalidade reforçada), circunscreveu, consequentemente, os pedidos da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral aos fundamentos de simples ilegalidade⁴².

Ora, sistematizando o regime de impugnação de normas do CPTA, o pedido da declaração de ilegalidade da norma com força obrigatória geral deverá fundamentar-se em *vícios da simples ilegalidade* como sejam os vícios de incompetência do autor da norma, vícios de forma e os vícios de conteúdo. Por seu turno, os vícios com fundamentos de inconstitucionalidade ou de ilegalidade reforçada, previstos no preceito do art. 281.º, n.º 1, da CRP, são pressupostos processuais do pedido da declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos.

Ainda, como bem evidenciam ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ e LÍCÍNIO LOPES MARTINS/ JORGE ALVES CORREIA, podem, na pretensão que versa sobre os vícios de simples ilegalidade da norma

⁴⁰ Para mais desenvolvimentos nesta matéria, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, «*O renovado (dualismo) do contencioso ...*», pp. 14 e ss.; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício do Poder Regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Impugnação Direta e Indireta de Regulamentos e Omissões Regulamentares)*» in: Contencioso das Normas Regulamentares, Coleção Formação Contínua, de maio de 2020, publicado pelo Centro de Estudos Judiciários.

⁴¹ Para mais desenvolvimentos sobre o regime de impugnação de normas regulamentares, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O controlo judicial do exercício do poder regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto*», in: Comentários à revisão do ETAF e do CPTA, coordenação: CARLA AMADO GOMES/ ANA FERNANDA NEVES/ TIAGO SERRÃO, 3.ª Ed., AAFDL EDITORA, Lisboa, 2017, p. 721; LÍCÍNIO LOPES MARTINS/ JORGE ALVES CORREIA, «*O novo regime do CPTA em matéria ...*», cit.

⁴² Sobre o regime da impugnação das normas regulamentares, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit.; LÍCÍNIO LOPES MARTINS/ JORGE ALVES CORREIA, «*O novo regime do CPTA em matéria ...*», cit.; ISABEL CELESTE M. FONSECA, «*O renovado (dualismo) do contencioso...*», cit.

imediatamente operativa, serem invocados vícios praticados no âmbito do respetivo procedimento de aprovação⁴³, remetendo assim para o Tribunal Constitucional, o pedido da declaração de ilegalidade da norma (*a título principal*) com força obrigatória geral invocando fundamentos de inconstitucionalidade e potenciando a harmonia⁴⁴ do regime da impugnação de normas no contencioso administrativo e no Tribunal Constitucional⁴⁵.

Mas, importará ainda referir que na reforma de 2015, o legislador não abandonou a tutela das normas mediatamente operativas.

Assim, nos termos do n.º 3 do artigo 73.º, a norma imediatamente operativa poderá ser impugnada por meio de *controlo concreto e incidental da ilegalidade (rectius*, quando as normas se produzam através de ato administrativo de aplicação) quer por proposta do *lesado*, quer do Ministério Público ou quer, ainda, por qualquer pessoa ou entidade referida nos termos do n.º 2 do artigo 9.º.

Pese embora a reforma de 2015 tenha conduzido a um novo regime no que à ação de impugnação de normas concerne, a verdade é que as alterações do diploma promoveram um debate dentro da doutrina. E, a bem dizer, as críticas apontadas por esta acabariam por ser sentidas na última alteração ao regime introduzida pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro.

⁴³ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre ...*, cit. pp. 167 e ss.; LICÍNIO LOPES MARTINS/ JORGE ALVES CORREIA, « *O novo regime do CPTA em matéria ...*, cit., p. 22.

⁴⁴ Nos termos do art. 281.º, n.º 1, al. a), da CRP, « *O tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral: a) a inconstitucionalidade das normas*». Assim, tendo em consideração a disposição do art. 281.º, n.º 1, al. a), da CRP e os n.ºs 1 e 2, do art. 73.º do CPTA, a doutrina tem considerado que o legislador do CPTA teria limitado o pedido da declaração de ilegalidade da norma com força obrigatória geral com fundamento na inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional, harmonizando as disposições. Nesse sentido, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, « *O controlo judicial do exercício do poder regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto*», ..., cit., p. 721; ISABEL CELESTE M. FONSECA, « *O renovado (dualismo) do contencioso...*, cit., p. 20.

⁴⁵ Não obstante compreendermos a intensão harmonizadora do legislador ordinário entre o processo de fiscalização abstrata da norma regulamentar do Tribunal Constitucional e a impugnação da norma regulamentar perante a jurisdição administrativa, poderá haver um risco de omissão de tutela. Vejamos. A primeira tarefa que o legislador ordinário obrigou o *lesado* a realizar tem que ver com a identificação do vício de que padece a norma regulamentar inválida – entre vícios de ilegalidade vs. vícios de inconstitucionalidade - o que, diga-se, não é manifestamente simples já que o poder regulamentar em momento algum se dissocia da Constituição. Isto porque as normas regulamentares são sempre, no limite, formas de concretização da Constituição enquanto manifestação do exercício da Administração Pública tornando, assim, mais complexa a delimitação da dualidade entre estes vícios com fundamentos de inconstitucionalidade vs. vícios de mera ilegalidade. Se esta dificuldade não bastasse, poderá ser relevante questionar: quando à norma regulamentar inválida são invocados, perante o mesmo fundamento (por exemplo, a ausência da lei habilitante), vícios concorrentes para efeitos do pedido da declaração de ilegalidade, *rectius*, perante o mesmo vício correspondem quer fundamentos de inconstitucionalidade (art. 112.º, n.º 7, da CRP), quer fundamentos de *mera ilegalidade* (art. 136.º, n.º 1 e 2, do CPA), o *lesado* poderá “arbitrariamente escolher” o regime da impugnação de normas regulamentares uma vez que o seu vício preenche os pressupostos dos dois pedidos? A questão poderá ser mais complexa se, para tanto, o *lesado* da norma regulamentar inválida invocar, em simultâneo, mais que um vício tanto de inconstitucionalidade como de ilegalidade, ora terá, nestes casos, que “abdicar” de um fundamento em prol do outro!?

Ainda, a manifesta ausência de tutela jurisdicional efetiva das pretensões do *lesado* com fundamentos de inconstitucionalidade que visam uma tutela abstrata, *rectius*, quando o único objetivo do requerente só será dignamente tutelado se produzir efeitos gerais, sendo certo que a ação particular está ausente dos pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional.

Todavia, entendemos que, em abono da verdade, o regime continua longe de ser pacífico⁴⁶. As dúvidas quanto aos seus fundamentos e à repercussão destes na determinação da declaração de ilegalidade se circunscrever entre os efeitos *erga omnes* ou *inter partes* ainda permanece⁴⁷.

Posto isto, cumpre notar que as vias de impugnação das normas regulamentares exigem particular atenção quanto aos pressupostos da legitimidade ativa e aos seus fundamentos, a saber:

a) Quanto à legitimidade no que respeita ao **lesado ou ao potencial lesado**, está contemplada tanto para os pedidos de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral (art. 73.º, n.º 1, al. a)) como para os pedidos da declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto (art. 73.º, n.º 2) e, ainda, aos pedidos de desaplicação da norma mediatemente operativa (n.º 3).

O (potencial) lesado tem legitimidade para suscitar a impugnação da norma regulamentar em qualquer pedido do regime (não obstante, a necessidade de preencher os restantes pressupostos). Aqui, estabelece o legislador que tem legitimidade «*quem seja diretamente prejudicado*» ou «*possa vir previsivelmente a sê-lo em momento próximo*». Como assinalam MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, o pressuposto da legitimidade na *ação particular* só estará preenchido quando o interessado «*fique especialmente abrangido pelo respectivo âmbito de aplicação*», ainda que a norma se aplique a uma generalidade de sujeitos, o lesado apenas deverá demonstrar a lesão ou a ameaça de lesão na sua esfera jurídica⁴⁸.

b) Já na **ação pública proposta pelo Ministério Público**, o pedido poderá conter tanto a norma imediatamente operativa, a *título principal* (al. b), n.º 1, do artigo 73.º); como a norma mediatemente operativa quer a *título incidental* (al. a), n.º 3, art. 73.º), quer e a *título principal*, nos termos da al. b), n.º 3, do art. 73.º

O Ministério Público, como defensor da legalidade, tem ainda o dever, nos termos do art. 73.º, n.º 4, de propor a declaração da ilegalidade da norma regulamentar quando, para tanto, tenha conhecimento de três decisões de *desaplicação de uma norma* com fundamento na sua ilegalidade e, ainda, recorrer das decisões de primeira instância que declarem a ilegalidade da norma regulamentar com força obrigatória geral (n.º 5).

⁴⁶ Sobre o tema, elencando algumas dúvidas interpretativas da reforma de 2015, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, «*O renovado (dualismo) do contencioso...*», cit.

⁴⁷ Sobre as três posições que têm sido defendidas sobre a (in)constitucionalidade do art. 73.º, n.º 2 vide PEDRO MONIZ LOPES, «*Apontamentos sobre a apreciação da inconstitucionalidade ...*», cit., pp. 39 e ss.; sobre as potencialidades da declaração com efeitos circunscritos ao caso concreto e o caráter excessivo da declaração da ilegalidade da norma com força obrigatória geral, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O controlo judicial do exercício do poder regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto*», ..., cit., pp. 701 e ss.

⁴⁸ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit., pp. 525 e 526.

c) A **legitimidade da ação popular** – pessoas ou entidades que possam intervir na defesa de interesses difusos⁴⁹ - disposição do art. 9.º, n.º 2, está configurada tanto nos pedidos de ilegalidade com força obrigatória geral, como nos termos do art. 73.º, n.º 3, al. a), aos pedidos de desaplicação da norma mediamente operativa⁵⁰.

A disposição do art. 9.º, n.º 2, concretiza o preceito constitucional do art. 52.º, n.º 3, da CRP. No CPTA, esta disposição, está localizada nas disposições gerais, aplicando-se a todos os meios processuais do contencioso administrativo quando se torne necessário a defesa de interesses difusos, «*independente do interesse pessoal ou da existência de uma relação específica com os bens ou interesses difusos que estiverem em causa.*»⁵¹

d) A declaração de ilegalidade com força obrigatória geral da norma imediatamente operativa poderá ser peticionada através da **ação pública proposta pelos presidentes de órgãos colegiais em relação a normas emitidas pelos respetivos órgãos**, bem como, a estes, a legitimidade estende-se aos pedidos de desaplicação da norma mediamente operativa, nos termos do art. 73.º, n.º 3, al. a).

e) Por fim, desde as alterações introduzidas pela Lei n.º 118/2019, também detêm de legitimidade **as pessoas referidas no n.º 2 do art. 55.º**. Assim, qualquer eleitor poderá propor ação popular local contra normas imediatamente operativas emitidas por órgãos das autarquias locais onde se encontre recenseado⁵².

Veja-se, para uma maior clareza na determinação do regime adotar de acordo com as pretensões do demandante e de acordo com o art. 73.º, os esquemas que *infra* apresentamos:

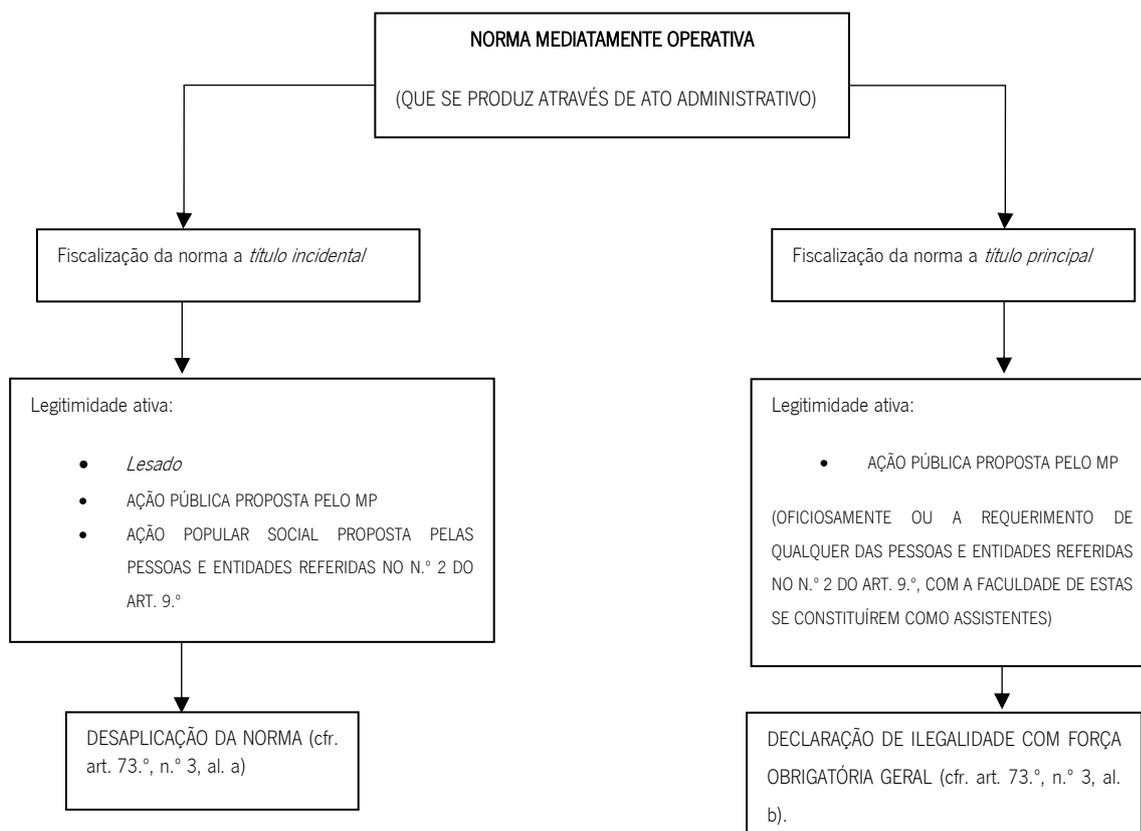
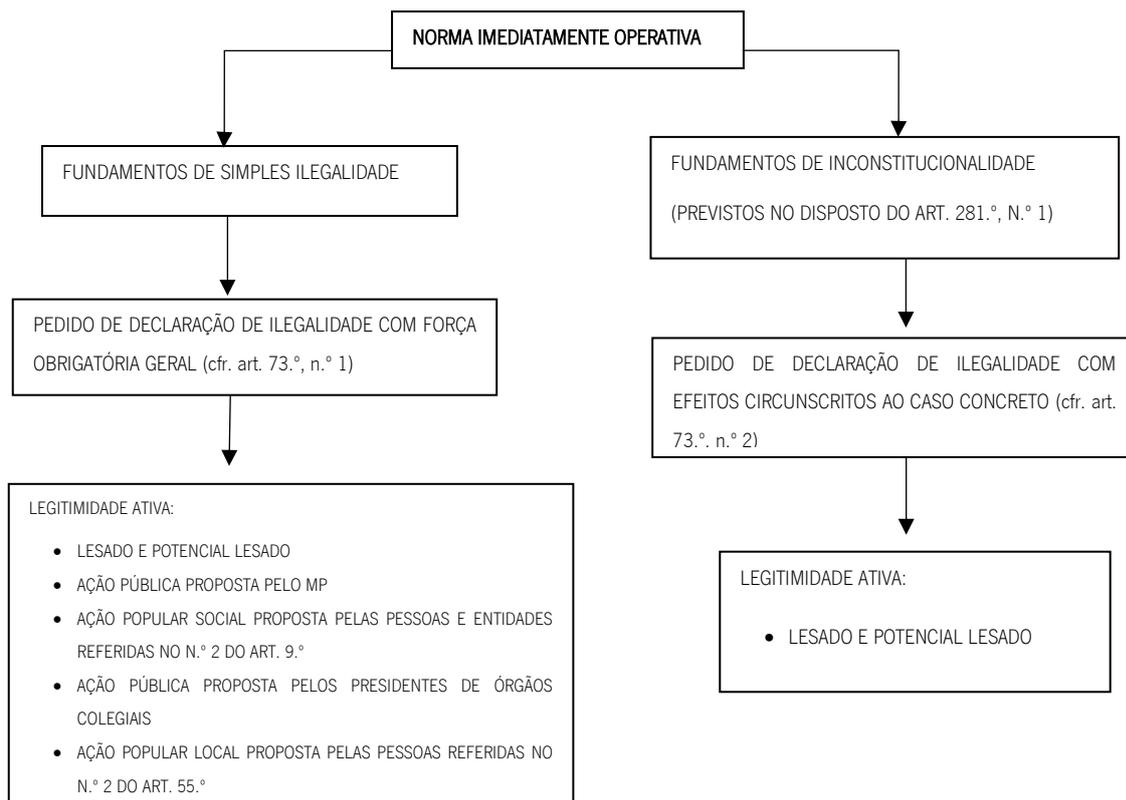
⁴⁹ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit. p. 526.

⁵⁰ Para ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, a ausência de um preceito que estabeleça o pressuposto da legitimidade às entidades previstas nos termos do art. 9.º, n.º 2 no âmbito do pedido da declaração de ilegalidade de normas com efeitos circunscritos é de especial gravidade se, para tanto, atendermos ao facto dos *fundamentos e da ilegalidade reforçada* só serem invocados, no âmbito do contencioso administrativo, no impulso processual do pedido da declaração de ilegalidade sem força obrigatória geral, não obstante, os interesses de representação subjacentes à disposição do art. 9.º, n.º 2, não se compatibilizarem com o âmbito sistemático do art. 73.º, n.º 2. Para mais desenvolvimentos, *vide* ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit. nota 41, p. 91.

Aqui, importará ter ainda presente o Ac. do STA, processo n.º 0897/14, de 10.03.2016, que considera que a expressão de «caso concreto» tem uma relação intrínseca com a esfera jurídica do «lesado» e que, por conseguinte, dificilmente se integra no pendor processual marcadamente objetivista da ação popular, que se consubstancia na defesa da legalidade e do interesse público. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

⁵¹ Para mais desenvolvimentos *vide* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit. pp. 95 e ss.

⁵² Para mais desenvolvimento nesta matéria, *vide* ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit. p.88.



O regime da tutela jurisdicional efetiva das normas regulamentares estende-se, ainda, nos termos do art. 77.º do CPTA, à condenação à emissão de normas regulamentares.

O processo de condenação à emissão de normas pressupõe a demonstração da existência de uma situação de omissão da norma regulamentar «*cuja emissão no exercício da função administrativa se considera necessária à execução de preceitos concretos das leis em vigor.*»⁵³

Logo, o demandante na ação à omissão de normas regulamentares terá de demonstrar, sem margem para dúvidas, que o legislador ordinário vincula a entidade administrativa (*que a lei reenvia expressamente à administração pública*) à emissão de normas regulamentares que darão exequibilidade à respetiva lei, remetendo esta ação aos regulamentos de execução e regulamentos complementares (excluindo os regulamentos independentes pelo seu grau de dependência diminuta com a lei)⁵⁴.

Ainda, a preterição do demandante poderá consistir no incumprimento do prazo estabelecido pela lei habilitante ou no caso deste ser omissor, como decorre do art. 137.º, n.º 1, do CPA, quando tenha decorrido o prazo geral de 90 dias, o demandante pode, tal como prevê o legislador no âmbito do CPA para a tutela administrativa (nos termos do art. 137.º, n.º 2), propor a ação de condenação⁵⁵.

Nos termos do n.º 1, do art. 77.º, o legislador ordinário atribuiu legitimidade ativa no processo de condenação à emissão de normas regulamentares, aos seguintes titulares:

- i) **MP**,
- ii) **demais pessoas e entidades defensoras dos interesses referidos no art. 9.º, n.º 2**,
- iii) **presidentes de órgãos colegiais**, em relação a normas omitidas pelos respetivos órgãos, e, por fim,
- iv) **lesado**, «*quem alegue um prejuízo diretamente resultante da situação de omissão*».

Soma-se ainda, nesta pequena abordagem à impugnação de normas regulamentares e à ação de omissão de disposições normativas que a declaração da ilegalidade da norma poderá ser cumulada com os pedidos de anulação e declaração de nulidade de atos administrativos que apliquem a norma em causa (norma mediatamente operativa), bem como ao restabelecimento da situação que existiria se o ato não tivesse sido praticado⁵⁶ e, ainda, a condenação da Administração à reparação de danos causados pela norma ilegal⁵⁷.

⁵³ Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Curso de Direito Processual Administrativo...*, cit. p.145.

⁵⁴ Para mais desenvolvimentos, vide MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit. pp. 545 e ss. *Ibidem*, p. 548.

⁵⁵ Cfr. art. 4.º, n.º 2, al. b) e f), do CPTA.

⁵⁶ Cfr. art. 4.º, n.º 1, do CPTA.

Por fim, pese embora as nossas considerações versem sobre a disposição do regime cautelar instrumental ao regime de impugnação de normas regulamentares e de condenação à emissão de normas, não podemos desconsiderar que a apreciação da norma não se esgota nos regimes dos arts. 72.º ao 77.º, do CPTA.

Neste raciocínio, pense-se, no contencioso pré-contratual, *rectius* nas pretensões da declaração de ilegalidade das disposições contidas no programa de concursos, cadernos de encargos ou qualquer outro meio regulamentar, expressamente previsto nos termos do art. 103.º, do CPTA.⁵⁸ No mesmo sentido, veja-se, a recente decisão do STA de 10 de setembro de 2020, processo n.º 088/20.8BALS, que considerou o regime de impugnação para a proteção de direitos, liberdades e garantias como meio processual configurável à declaração de ilegalidade dos regulamentos administrativos⁵⁹.

Dito isto, tanto o regime geral previsto nos termos dos arts. 72.º a 77.º visa o controlo judicial da ilegalidade do poder regulamentar, como também, a tutela da norma é apreciada a título principal, no contexto dos *processos urgentes de plena cognição*.

Todavia, se os regimes urgentes de *plena cognição* exigem especial atenção e a adequada integração no quadro da sistematização da tutela regulamentar, impõe-se também configurar a disciplina das medidas cautelares que visam salvaguardar os efeitos da sua decisão quando versam sobre a invalidade de normas regulamentares.

Certo é, para nós, a inclusão do regime já configurado no art.103.º-B, regime instrumental à ação urgente de impugnação dos documentos conformadores do procedimento, no sistema da tutela cautelar dos regulamentos administrativos^{60/61}.

§3. O regime especial da suspensão da eficácia das normas regulamentares

⁵⁸ O legislador do CPTA de 2015 dissipou todas as dúvidas quanto à apreciação a título principal da norma administrativa ao introduziu o no n.º 2, do art. 103.º e a referência *expressis verbis* do pedido da declaração de ilegalidade de normas, o que aliás surge em cumprimento com as disposições da União Europeia, consagradas na *Diretiva Recursos*. Para tanto, *vide*, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 330 e ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Curso de Direito Processual Administrativo...*, cit.,pp. 185 e ss.

⁵⁹ Neste sentido, Ac. STA de 10 de setembro de 2020, processo n.º 088/20.8BALS. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

⁶⁰ Sobre a aplicação do art. 103.º-B aos documentos conformadores do procedimento, *vide* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit.

⁶¹ No mesmo sentido, pense-se, no art. 132.º, do CPTA, configurado no âmbito do sistema cautelar geral aplicável aos processos cautelares relativos a procedimentos de formação de contratos não abrangidos pelo regime urgente. Logo, como salienta ISABEL CELESTE M. FONSECA, falta questionar ao abrigo de qual dos regimes 103.º-B/132.º se pode requerer a suspensão e correção imediata das peças procedimentais daqueles contratos, *vide* ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Curso de Direito Processual Administrativo...*, cit.,p. 202. Ainda, acrescentamos nós, impõe-se compreender como se relacionam estes regimes setoriais com o regime geral do art. 130.º, do CPTA.

Por razões de clareza, cremos ser útil, como ponto de partida ao capítulo que se segue, a transcrição integral do preceito do art. 130.º do CPTA:

Artigo 130.º

Suspensão da eficácia de normas

1 - O interessado na declaração da ilegalidade de norma emitida ao abrigo de disposições de direito administrativo cujos efeitos se produzam imediatamente, sem dependência de um ato administrativo ou jurisdicional de aplicação, pode requerer a suspensão da eficácia dessa norma, com efeitos circunscritos ao seu caso.

2 - O Ministério Público e as pessoas e entidades referidas no n.º 2 do artigo 9.º podem pedir a suspensão, com força obrigatória geral, dos efeitos de qualquer norma em relação à qual tenham deduzido ou se proponham deduzir pedido de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral.

3 - (Revogado.)

4 - Aos casos previstos no presente artigo aplica-se, com as adaptações que forem necessárias, o disposto no capítulo I, nos artigos 128.º e 129.º e no n.º 3 do artigo 81.º.

Este terceiro capítulo da primeira parte da dissertação terá quatro importantes objetivos, a saber: em primeiro lugar, delimitar as pretensões a formular no âmbito do regime especial do regulamento administrativo (§3.1.). Em segundo lugar, traçar os impactos da aplicação do regime previsto no art. 128.º e as suas implicações ao princípio da tutela jurisdicional efetiva (§3.2.). Em terceiro lugar, vamos procurar definir o papel dos contrainteressados no direito posto, lembrando que o legislador ordinário consagrou na última alteração ao preceito, a aplicação do art. 81.º, n.º 3 do CPTA (§3.3.). Em quarto e último lugar, cumpre evidenciar os verdadeiros efeitos da suspensão da eficácia das normas (§3.4.).

§3.1. As pretensões da tutela cautelar do regulamento “dentro” e “fora” do regime especial do art. 130.º

A tutela do regulamento administrativo que segue os termos dos artigos 72.º a 77.º, do CPTA, acolhe cinco possíveis pretensões:

- a. A declaração de ilegalidade da norma imediatamente operativa com força obrigatória geral, nos termos do art. 73.º, n.º 1;

- b. A declaração de ilegalidade da norma imediatamente operativa com efeitos circunscritos ao caso concreto, nos termos do art. 73.º, n.º 2;
- c. A desaplicação da norma mediatemente operativa, nos termos do art. 73.º, n.º 3, al. a);
- d. A declaração de ilegalidade da norma mediatemente operativa com força obrigatória geral, nos termos do art. 73.º, n.º 3, al. b), e, por fim,
- e. A condenação à emissão de normas devidas, nos termos do art. 77.º.

Assim, de acordo com o objeto do litígio e os efeitos a produzir, a problematização da tutela jurisdicional efetiva das normas regulamentares é remetida aos conceitos de tutela principal e incidental, bem como à tutela abstrata e concreta⁶².

A norma imediatamente operativa como não necessita de qualquer ato para se tornar exequível é sempre apreciada, no âmbito do regime de impugnação de normas, a título principal. No entanto, nos termos do art. 73.º, n.ºs 1 e 2, poderá produzir efeitos distintos: quando proposta ação de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, estamos perante uma tutela abstrata da norma (n.º 1); já quando proposta a ação de declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos, tratando-se de uma mera desaplicação ao caso concreto, estamos perante uma tutela concreta (n.º 2).

Por sua vez, a norma mediatemente operativa, que necessita de ato para se tornar exequível, quando visa a mera desaplicação ao caso concreto, nos termos do art. 73.º, n.º 3, al. a), determina que a tutela efetiva seja apreciada a título incidental e concreto. Já quanto à norma mediatemente operativa objeto da ação de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, nos termos do art. 73.º, n.º 3, al. b), corresponde à tutela principal e abstrata.

Nos termos do art. 130.º, o regime cautelar especial que versa sobre normas regulamentares configura as pretensões a título principal tanto da norma imediatamente operativa, como da norma mediatemente operativa.

A bem dizer, pese embora a tutela principal e abstrata da norma mediatemente operativa, estivesse consagrada no preceito do art. 130.º desde a aprovação do CPTA em 2002 - na expressão «*qualquer norma*»⁶³ -, a verdade é que o legislador não consagrava a pretensão correspondente da ação principal.

⁶² Seguindo os conceitos, vide FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «*A impugnação contenciosa, direta e indireta ou incidental, de normas regulamentares contidas nos planos urbanísticos*», in: Contencioso dos Planos Urbanísticos, Coleção Formação Contínua, outubro de 2018, publicado pelo Centro de Estudos Judiciários. Disponível em pdf: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContentenciosoUrbanistico2018.pdf; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit., pp. 75 e ss.; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre ...*, cit.; ISABEL CELESTE FONSECA, «*O renovado (dualismo) do contencioso...*», cit.

⁶³ No mesmo sentido, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre ...*, cit., p. 445.

Só desde 2019, com a introdução da al. b), n.º 3, do art. 73.º, o preceito do art. 130.º, n.º 2 está legitimado à salvaguarda dos efeitos da norma mediatemente operativa.

Todavia, entendemos que o intérprete deverá aplicar os termos do art. 73.º, n.º 1 e 2, aos fundamentos das pretensões que versam sobre as normas mediatemente operativas, ou seja os pedidos da tutela abstrata e principal da norma mediatemente operativa apenas podem se fundamentar quando visam vícios de simples ilegalidade.

Certo é que, de acordo com o n.º 1, do art. 130.º, a ação particular está reservada à tutela cautelar principal e concreta da norma imediatamente operativa. E, neste caso, o *interessado* poderá apresentar no seu requerimento cautelar tanto fundamentos de simples ilegalidade, como fundamentos de inconstitucionalidade.

Aqui, a apreciação do juiz cautelar dos pressupostos de decretamento está reservada à lógica da relação concreta entre o particular e a administração. Isto porque a aplicação do princípio da proporcionalidade determina que o *periculum in mora* seja preenchido com indícios factuais na esfera jurídica do administrado, não lhe sendo imposta a exigente demonstração do *periculum* na esfera da generalidade dos destinatários. Logo, há uma dissociação do princípio da eficácia geral no âmbito do regime da suspensão da norma com efeitos circunscritos ao caso concreto.

Assim, as pretensões do requerente da *ação particular* estão limitadas à mera suspensão da norma, objeto de litígio, com efeitos circunscritos.

Neste sentido, o regime do art. 130.º, n.º 1, é instrumental à ação de declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto, prevista nos termos do art. 73.º, n.º 2. No entanto, o preceito cautelar é extensivo à ação de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral quando o demandante é o sujeito previsto no art. 73.º, n.º 1, al. a), *rectius* quando o pedido é proposto através da ação particular⁶⁴.

Mas quem poderá preencher o pressuposto processual da legitimidade ativa enquanto *interessado*?

Ora, de acordo com o carácter instrumental da providência, qualquer legítimo demandante da ação principal. Logo, o interessado será «*quem seja diretamente prejudicado ou possa vir previsivelmente a sê-lo em momento próximo pela aplicação de norma imediatamente operativa*». Assim, seguindo a jurisprudência, o interessado da tutela cautelar principal e concreta da norma imediatamente operativa poderá tanto ser preenchido pelo **concreto (administrado) lesado** da norma, como também pelas

⁶⁴ No mesmo sentido, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit., pp. 117 e 118; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre ...*, cit., p. 446.

entidades públicas (por exemplo, os Municípios, cfr. Ac. TCA Sul de 20-09-2012, proc. n.º 09107/12) quando diretamente prejudicadas.

Quanto à tutela cautelar principal e abstrata de “*qualquer norma*”, o legislador configura um regime próprio nos termos do art. 130.º, n.º 2. Disposição que estabelece um caráter instrumental com a ação de declaração de ilegalidade da norma imediatamente operativa com força obrigatória geral, prevista nos termos do art. 73.º, n.º 1 e com a ação de declaração de ilegalidade da norma mediamente operativa com força obrigatória geral, prevista nos termos do art. 73.º, n.º 3, al. b).

A letra do preceito do art. 130.º, n.º 2, reserva o pressuposto da legitimidade ativa ao Ministério Público e às pessoas e entidades referidas no n.º 2, do art. 9.º

Quanto à tutela cautelar principal e abstrata da norma imediatamente operativa, a doutrina tem entendido que deverá o interprete fazer uma interpretação extensiva do preceito do art. 130.º, n.º 2, de modo a incluir os presidentes dos órgãos colegiais e as pessoas referidas no art. 55.º, n.º 2. Trata-se de uma interpretação análoga às alíneas c) e d), do n.º 1, do art. 73.º, harmonizando a ação principal e a ação cautelar⁶⁵.

A contrario, a tutela cautelar principal abstrata da norma mediamente operativa não deverá pressupor a legitimidade ativa das pessoas e entidades referidas no n.º 2, do art. 9.º, porque a ação principal apenas concede legitimidade ao Ministério Público. Logo, o interprete deverá fazer, aqui, uma interpretação restritiva do preceito.

Assim, as pretensões a formular no contexto da tutela cautelar do regulamento, configuradas na disposição especial correspondente, estão limitadas à tutela cautelar principal e abstrata das normas e à tutela cautelar principal e concreta.

Pese embora a doutrina considere que a ausência de previsão no CPTA do regime especial da tutela cautelar incidental e concreta não ponha em causa o princípio da tutela jurisdicional efetiva, uma vez que sempre será assegurado através do regime cautelar do ato administrativo⁶⁶; cumpre, contudo, assinalar que a tutela cautelar incidental e concreta exige uma apreciação objetiva aos vícios de ilegalidade da norma, não se eximindo do sistema cautelar do regulamento administrativo.

Mais problemático é a total ausência de tutela cautelar especial à condenação à prática de normas devidas. Em consequência, o *interessado* está limitado ao regime-regra do sistema geral, *maxime* o art. 112.º, n.º 1, na preterição da medida cautelar antecipatória da correspondente ação principal, prevista

⁶⁵ Nesse sentido, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit., p. 117 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 1.ª Ed., Coimbra, 2010, p. 117.

⁶⁶ Nesse sentido, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit., p. 118.

no art. 77.º, do CPTA. Todavia, a vinculação do pedido de intimação à prática da norma devida apenas poderá conceder efeitos *inter partes*, conforme o cumprimento dos preceitos do art. 122.º, n.º 1 e 125.º, n.º 1, do CPTA, colocando em risco a segurança e certeza jurídicas, bem como a própria estabilidade do ordenamento jurídico.

Mais uma vez, esta matéria deve estar reservada ao sistema cautelar do regulamento administrativo.

Aliás,

Como bem avança ISABEL CELESTE M. FONSECA, «*por tratar expressamente está a intimação cautelar para a emissão de norma devida, sendo certo que se há aspecto que neste particular assunto de contencioso de normas pode estar a cargo do juiz cautelar é este, uma vez que, existindo poder vinculado quanto ao dever de emitir regulamento, por ele devido, nada poderia afastar essa condenação antecipada.*» Acrescenta a autora que por descortinar está «*quando no processo cautelar, o juiz considere demonstrada a ilegalidade de especificações contidas nos documentos conformadores do procedimento com fundamento do processo principal, pode determinar a sua imediata correção, decidindo, desse modo, o mérito da causa, segundo o disposto no art. 121.º*»⁶⁷.

Deixaremos esta reflexão para as considerações da terceira parte da investigação. Por ora, o direito posto não apresenta qualquer solução.

§3.2. A aplicação do art. 128.º à suspensão da eficácia de normas regulamentares

No capítulo 1 desta primeira parte da dissertação, referimos que o procedimento do regime da suspensão da eficácia da norma é remetido, desde a sua génese, com as necessárias adaptações para os artigos do regime da suspensão da eficácia do ato administrativo, artigos 128.º e 129.º. Facto que poderá ser justificado pela necessidade sentida pela doutrina em comparar os regimes cautelares do ato administrativo e da norma regulamentar, procurando demonstrar que a exclusão da tutela cautelar da norma regulamentar do contencioso administrativo violaria o princípio da tutela jurisdicional efetiva. Mas, cumpre evidenciar que a tutela jurisdicional efetiva não é garantida na mera consagração da disciplina, o processo deverá cumprir-se enquanto processo de prazo razoável e equitativo, adequado a garantir o efeito útil da decisão principal.

Nesta medida, no que tange ao preceito do n.º 1 do art. 128.º, o legislador para além de consagrar o efeito suspensivo automático do requerimento cautelar, consagrou, ainda, a possibilidade

⁶⁷ Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Curso de Direito Processual Administrativo...*, cit. p. 146.

da entidade administrativa emitir *resolução fundamentada* a produzir efeitos *ope legis*. Assim, toda a esfera de destinatários da norma regulamentar da tutela cautelar principal e abstrata é atingida pelos efeitos automáticos que estão na mera “disponibilidade processual” do requerente e requerido, sem adequada e devida apreciação dos interesses em presença (**§3.2.1.**).

Para além das dificuldades na disciplina processual, a verdade é que a jurisprudência tem-se dividido “em dois polos interpretativos” na apreciação do incidente da declaração dos atos de execução indevida, processo incidental que corre na pendência do regime da suspensão da eficácia das normas e que mais não é do que um controlo judicial das razões invocadas pela entidade administrativa na sua resolução fundamentada, controlo que por si só promove unicamente um *pré-juízo* dos riscos da suspensão da norma (**§3.2.2.**).

Certo é que, nas sucessivas reformas do CPTA, o art. 128.º tem merecido particular atenção do legislador e, diga-se até, que estas sucessivas reformas não têm conseguido dar resposta às fragilidades do regime da suspensão da eficácia do ato administrativo já há muito apontadas pela doutrina. No entanto, veja-se que estas sucessivas reformas apenas projetaram preocupações no que à tutela cautelar do ato administrativo concerne, não contemplando a necessária configuração da sua aplicação às normas regulamentares, especialmente, quando a suspensão da eficácia da norma é requerida à tutela cautelar principal e abstrata.

§3.2.1. O efeito suspensivo automático no regime da tutela cautelar principal e abstrata do regulamento: as ausências da tutela jurisdicional efetiva

Determina o preceito do n.º 1, do art. 128.º que: recebido o requerimento da providência cautelar do ato administrativo e citada a entidade administrativa e os beneficiários do ato, estes não poderão iniciar ou prosseguir com a execução do objeto de litígio. Facto que corresponde ao denominado *efeito suspensivo automático*, uma vez que recebida a citação do processo cautelar, a exequibilidade do ato passa a estar “impedida”, de modo a conservar o *status quo* da situação jurídica do requerente.

A doutrina administrativista - amplamente influenciada pelo direito alemão - consagrou o efeito suspensivo automático com o importante papel de neutralizar imediatamente os efeitos do ato administrativo que possam lesar os direitos ou interesses do administrado, garantindo, assim, tutela jurisdicional efetiva⁶⁸.

⁶⁸ Cfr. MARIA FERNANDA DOS SANTOS MAÇÃS, *A suspensão judicial da eficácia ...*, cit., p. 146.

No fundo, tal como o decretamento provisório, a implementação desta técnica processual permite assegurar os efeitos da sentença principal através de um *efeito imediato* para acautelar os prejuízos do *periculum in mora* da própria providência cautelar⁶⁹.

Ainda nesta senda, importa evidenciar que o legislador ordinário também configurou a possibilidade da entidade administrativa remeter ao tribunal *resolução fundamentada* e, nesta, reconheça que o diferimento da execução provoca grave prejuízo para o interesse público. A bem dizer, a *resolução fundamentada* é uma verdadeira “contrapartida” do impacto imediato dos efeitos do requerimento da providência, na medida em que, quando emitida, determina o levantamento automático da suspensão da norma.

Certo é que a doutrina administrativista já identificou a fragilidade do regime associada à ausência da configuração exata e adequada da tutela efetiva dos contrainteressados no âmbito da suspensão da eficácia do ato administrativo. E se há dúvidas no contexto da suspensão da eficácia do ato administrativo, pense-se, quando este procedimento é aplicado no processo cautelar da norma regulamentar, mormente no regime da suspensão da eficácia da norma com força obrigatória geral⁷⁰.

A produção *ope legis* do requerimento cautelar e da *resolução fundamentada* atingem, naturalmente, a relação jurídico-administrativa constituída pelo objeto de litígio. No entanto, tal significa também que este procedimento no âmbito da tutela cautelar principal e abstrata da norma possa produzir efeitos na esfera jurídica de todos os que têm um nexó com a norma alegadamente inválida, *rectius* os terceiros ao litígio.⁷¹

O princípio da tutela jurisdicional efetiva configura um ónus processual atribuído ao legislador ordinário que não é um direito absoluto, estando sujeito às restrições necessárias à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, conforme arts. 18.º e 20.º, n.º 4, da CRP.

Assim, cumpre notar que o preceito do n.º 4, do art. 20.º da CRP consagra que: «*todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante um processo equitativo*».

Ora, não obstante o legislador constituinte não concretizar efetivamente o que é o «*processo equitativo*», seguindo a doutrina e a jurisdição do tribunal constitucional, podemos considerar que o princípio do processo equitativo está associado aos princípios do contraditório e da igualdade de armas.

⁶⁹ Para todas estas considerações, vide MARIA FERNANDA DOS SANTOS MAÇÃS, *A suspensão judicial da eficácia ...*, cit.; ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência...*, cit.

⁷⁰ Para todas estas considerações, vid. ISABEL CELESTE M FONSECA, «*A aplicação do art. 128.º do CPTA à suspensão da eficácia das normas: notas outsider the box*», ..., cit.

⁷¹ Para mais desenvolvimentos, vide TIAGO DUARTE, «*Providências cautelares, suspensões automáticas e resoluções fundamentadas: pior a emenda do que o soneto?*», JULGAR, n.º 26, 2015. Disponível em pdf: <http://julgar.pt/providencias-cautelares-suspensoes-automticas-e-resolucoes-fundamentadas-pior-a-emenda-do-que-o-soneto/>, p. 85.

Isto porque a disciplina processual deverá contemplar tanto meios efetivos da defesa dos direitos e/ou interesses legalmente protegidos dos interessados, como meios que assegurem a paridade das partes. Portanto, pode vir a ser invocado em qualquer situação onde a disciplina processual possa questionar a descoberta da verdade material e a decisão da causa ponderada num prazo razoável⁷².

Nesta lógica, estamos claramente perante uma violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva por não tutelar dignamente os interesses de terceiros. Mas há outros problemas. Pense-se, nos casos extremamente perigosos em que o requerente identifica erradamente o objeto do litígio, por exemplo, requer a suspensão da eficácia da norma regulamentar no contencioso administrativo, mas, na verdade, o objeto de litígio é uma norma legislativa que só será corretamente identificada na apreciação do *fumus boni iuris*. Logo, o requerimento cautelar produz efeitos automáticos sem uma avaliação clara do objeto do litígio erradamente identificado.

Para além das dúvidas que apontamos associadas à ausência de tutela efetiva dos terceiros interessados e dos “perigos associados aos poderes das partes”, acrescenta-se ainda o grau de complexidade que estes processos poderão atingir, mormente no contexto da apreciação dos pressupostos de decretamento.

Assim sendo, a tutela jurisdicional efetiva da norma regulamentar configurada num regime que se concretiza sob a técnica do efeito suspensivo automático não garante adequada tutela jurisdicional efetiva, como coloca em risco os princípios da certeza e segurança jurídicas e a própria estabilidade do ordenamento jurídico.

§3.2.2. Quanto ao incidente da declaração de ineficácia de atos de execução indevida

O preceito do art. 128.º consagra nos seus números 4 a 6, o incidente da declaração de ineficácia dos atos de execução indevida que, nos termos do n.º 3, serão atos praticados quando falte a *resolução fundamentada* ou quando o *tribunal julgue improcedentes as razões em que aquela se fundamenta*.

Neste contexto, pese embora a letra do preceito do n.º 3 do art. 128.º nos direcionar para a apreciação da *resolução fundamentada* enquanto objeto do incidente da declaração de ineficácia dos atos de execução indevida, em abono da verdade, importa referir que a jurisprudência já se pronunciou

⁷² Nesse sentido, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência...*, cit. e JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pp. 192 e 193.

no sentido de definir o ato identificado pelo requerente como objeto imediato deste processo incidental⁷³. Logo, o tribunal apenas apreciará os atos invocados pelo requerente deste incidente cautelar⁷⁴.

Certo é que as fragilidades deste incidente, já apontadas por nós em momento anterior à dissertação,⁷⁵ visam os poderes de apreciação do próprio tribunal. Isto porque a jurisprudência tem-se dividido em duas posições distintas: se, por um lado, o TCA NORTE parece apontar para as razões invocadas pela entidade administrativa na *resolução fundamentada* aferidas de acordo com o art. 125.º do CPA VELHO (atual 153.º)⁷⁶; por outro lado, o TCA SUL, na recente decisão de 16 de abril de 2020, apreciou o incidente da declaração de ineficácia, pronunciando-se no sentido da *(des)razoabilidade* demonstrada pelo requerente (a quem lhe atribui o ónus) em relação ao alegado pela entidade administrativa na *resolução fundamentada*, de acordo com a teorização apontada por RUI GUERRA DA FONSECA⁷⁷.

Ora, chegados aqui, impõe-se reforçar como em momento anterior ao da dissertação que: o controlo judicial das razões invocadas pela entidade administrativa na sua *resolução fundamentada*, apreciado na pendência do processo cautelar da suspensão de eficácia da norma regulamentar, mesmo quando aferido por critérios formais, conduz à formulação de um pré-juízo sobre o requisito atinente ao grave dano que pode resultar do diferimento da execução da norma para o interesse público, tal como a parte final do preceito do n.º 1 do art. 128.º⁷⁸.

Por outras palavras: o incidente da declaração de ineficácia dos atos de execução indevida assemelha-se à intervenção por despacho liminar do juiz cautelar no decretamento provisório, num claro desvio ao «*processo-cautelar-regra*» ao impor um procedimento prévio de apreciação antecipada dos interesses públicos e privados envolvidos. No entanto, em bom rigor, no processo do regime da suspensão da eficácia das normas, a apreciação do juiz cautela no incidente processual – e veja-se é a primeira pronúncia do juiz – limita-se a um juízo antecipado que apenas se circunscreve aos interesses defendidos pela entidade administrativa. Não considerando, de modo algum, o *periculum in mora* do

⁷³ Neste sentido, vide Ac. TCA Sul, processo n.º 08836/12, de 14 de junho de 2012 e TCA Sul, processo n.º 539/19.4BELSB-S1, de 10 de dezembro de 2019, e toda a jurisprudência apontada por este último. Disponíveis em: www.dgsi.pt.

⁷⁴ E, recorde-se, a decisão do TCA SUL de 16 de abril de 2020, processo n.º 1154/18.5BELSB-S1, que veio considerar as operações materiais enquanto objetos imediatos a apreciar no âmbito do incidente da declaração de ineficácia dos atos de execução indevida, «*desde que inequivocamente reveladores da concretização de uma efetiva operatividade das normas suspendendas*». Cfr. Ac. TCA Sul, processo n.º 1154/18.5BELSB-S1, de 16 de abril de 2020. Disponível em: www.dgsi.pt.

⁷⁵ Para todas estas considerações, vide ISABEL CELESTE M FONSECA, «*A aplicação do art. 128.º do CPTA à suspensão da eficácia das normas: notas outsider the box*», ..., cit.

⁷⁶ Para tanto, vejam-se, os Acórdãos do TCA Norte de 11 de maio de 2017 e 23 de setembro de 2016, processos n.ºs 00830/16.1BEPRT-A e 00202/16.8BEVIS, respetivamente, ambos com referência ao Ac. do TCA Norte, processo n.º 1354/05.8-A-ABRG, de 20 de fevereiro de 2015. Disponíveis em: www.dgsi.pt.

⁷⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a posição defendida por RUI GUERRA DA FONSECA, vide RUI GUERRA DA FONSECA, «*A suspensão de eficácia de actos administrativos no projecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*», E-Pública Revista Electrónica de Direito Público, Vol. I, n.º 2, junho 2014. Disponível em pdf: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n2/v1n2a10.pdf>, pp. 320 e 321.

⁷⁸ Cfr. ISABEL CELESTE M FONSECA, «*A aplicação do art. 128.º do CPTA à suspensão da eficácia das normas: notas outsider the box*», ..., cit.

requerente ou tão pouco, no âmbito da tutela cautelar principal e abstrata, os terceiros atingidos pelo ato de execução indevida.

Neste sentido, entendemos que, como já o defendemos em momento anterior, no direito posto, o juiz cautelar na apreciação do incidente da declaração de ineficácia de atos de execução indevida não deverá descorar uma apreciação mais intensa sobre a resolução fundamentada e as razões nela invocadas, devendo ouvir tanto o requerente e requerido, como os próprios contrainteressados. Aliás, é ainda na lógica do método, na menor probabilidade de erro, que o tribunal deverá acolher, particularmente, o critério do *fumus boni iuris*: quanto mais provável for a possibilidade de a norma vir a ser declarada inválida, mais se justifica a manutenção do efeito suspensivo⁷⁹.

Podemos concluir este ponto como o iniciamos: a tutela jurisdicional efetiva não é garantida na mera consagração da disciplina. Em bom rigor, o processo deverá cumprir-se enquanto processo de prazo razoável e equitativo, adequado a garantir o efeito útil da decisão principal.

Atentos ao exposto em *supra*, parece-nos que o regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares assente no procedimento do regime da suspensão da eficácia do ato administrativo, previsto nos arts. 128.º e 129.º, fica *aquém* das necessidades da tutela efetiva exigida pelo seu objeto de litígio.

Mas não é só a fase inicial do procedimento que impõe uma nova configuração, o incidente processual da declaração de ineficácia de atos de execução indevida não acolhe a unanimidade da doutrina e, a bem dizer, também se torna verdadeiramente problemático quando o configuramos enquanto “pré-decisão”.

§3.3. Breves notas à citação dos contrainteressados no regime da suspensão da eficácia de normas regulamentares

O princípio da eficácia geral intrinsecamente associado à norma regulamentar leva-nos a partir para este ponto com a consciência que o papel dos terceiros, no âmbito dos processos que versam sobre normas no contencioso administrativo, poderá impor-se com uma configuração ligeiramente distinta das disposições gerais.

Pese embora o contrainteressado não seja visto como uma verdadeira parte no processo principal, mas, por referência ao TCA Sul, como uma “*quase parte*” que está ao lado da entidade

⁷⁹ *Ibidem*.

administrativa⁸⁰ porque será diretamente prejudicado com a eventual procedência da providência cautelar ou poderá manter um legítimo interesse na manutenção do objeto do litígio, a verdade é que o contrainteressado está integrado na disciplina processual vinculada ao princípio da tutela jurisdicional efetiva⁸¹.

Certo é, como demos nota no ponto anterior, o regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares não configura dignamente a tutela efetiva do universo subjetivo dos destinatários, colocando em risco a própria certeza e seguranças jurídicas. Aliás, veja-se que, como evidencia VIEIRA DE ANDRADE, os interesses dos contrainteressados podem ser tão ou mais relevantes que os interesses do próprio requerente⁸².

Até à alteração do preceito do art. 130.º, n.º 4, introduzida pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, o regime cautelar especial não consagrava qualquer particularidade à citação dos contrainteressados, remetendo o momento à disposição geral do art. 114.º, n.º 3, al. d). E, não obstante este problema já estar sanado importa tecer um breve comentário às consequências que até então o regime promovia no âmbito da tutela cautelar abstrata da norma regulamentar.

Assim, nos termos do preceito da al. d), n.º 3 do art. 114.º cabe ao requerente, no requerimento processual, indicar a identidade e residência de contrainteressados à providência cautelar.

Ora, nos termos da disposição comum, é ao requerente que cabe “*olhar para o caso concreto*” e depreender da existência de eventuais contrainteressados que tenham interesse na exequibilidade do objeto de litígio⁸³.

Contudo, o facto da norma regulamentar, objeto deste regime, acolher um universo subjetivo de destinatários com igual intensidade na produção dos seus efeitos também poderá originar interesses díspares na sua exequibilidade e, aqui, diga-se, **estes interesses nem sempre são facilmente identificáveis**.

O regime exigido até às alterações de 2019, não configurava dignamente a clara identificação de todos os eventuais contrainteressados do universo subjetivo da norma regulamentar com força obrigatória geral.

Já o preceito do n.º 3 do artigo 81.º estabelece que «*nos processos que tenham por objeto a impugnação da norma, o juiz manda publicar anúncio da propositura da ação, pelo meio e no*

⁸⁰ Cfr. Ac. TCA Sul, processo n.º 36/18.5BESNT, de 20 de setembro de 2018. Disponível em: www.dgsi.pt.

⁸¹ No mesmo sentido, vide CARLA AMADO GOMES, «A suspensão jurisdicional de regulamentos...», cit., p. 233.

⁸² Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa: Lições ...*, cit., p. 297

⁸³ Veja-se a abordagem ao preceito do art. 114.º, n.º 3, al. d) na decisão do Ac. TCA Sul, processo n.º 323/17.0BEBJA, de 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: www.dgsi.pt.

local utilizados para dar publicidade à norma, a fim de permitir a intervenção no processo de eventuais concontrainteressados, que é admissível até ao termo da fase dos articulados.»

Portanto, andou bem o legislador ao introduzir no n.º 4, do art. 130.º, do CPTA, a remissão para esta disposição.

Todavia, «*nem tanto ao mar nem tanto à terra*»,

Como evidencia ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, a publicidade atribuída ao regime do poder regulamentar no contencioso administrativo – semelhante ao regime do art. 139.º do CPA - parece apontar para os regimes da suspensão da eficácia com força obrigatória geral porque, efetivamente, é nestes processos que o se poderá constituir, como concontrainteressado, qualquer outro destinatário do regulamento⁸⁴.

E, de facto, o anúncio enquanto instrumento processual associado ao princípio da publicidade e da eficácia geral poderá ser supérfluo quando o princípio da eficácia geral se dissocia do regime da suspensão da eficácia das normas, tal como resulta do regime da tutela cautelar principal e concreta. Por outras palavras: o princípio da publicidade previsto no art. 81.º, n.º 3, associado aos regimes de efeitos gerais torna-se excessivo quando o consideramos à tutela cautelar principal e concreta, o que mais não é do que uma tutela cautelar individual, tal como as medidas conservatórias e antecipatórias do art. 112.º, n.º 1.

§3.4. Os efeitos do decretamento de suspensão da eficácia da norma regulamentar

Como CARLA AMADO GOMES adiantou no seu artigo publicado na década de 90, sobre a suspensão da eficácia de normas imediatamente exequíveis (i. e., imediatamente operativas), a questão a colocar na sede deste regime é a seguinte: «*decretada a suspensão de um regulamento imediatamente exequível, como colmatar esse vazio normativo?*»⁸⁵

De facto, como evidencia a autora na reflexão à resposta da questão colocada, a suspensão da eficácia atuará como mera paralisação temporária, não erradicando definitivamente a norma do ordenamento jurídico.

⁸⁴ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit., pp. 92 e 93.

⁸⁵ Cfr. CARLA AMADO GOMES, «*A suspensão jurisdicional de regulamentos...*», cit., p. 236.

Para tanto, a autora considera os resultados da declaração de ilegalidade da norma à tutela cautelar e conclui que a solução encontrada será a repristinação das normas anteriormente vigentes (revogadas pela norma suspensa). E, quanto aos casos em que o regulamento suspenso vem inovar a ordem jurídica, poderá reinstalar-se o vazio jurídico⁸⁶.

Ora, pese embora a reflexão da autora nos remeter para um momento anterior à consagração do regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares, cumpre sublinhar que não haverá, nesta matéria, uma posição assumidamente diferente quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Mas, agora, recorde-se a disposição do art. 120.º, n.º 3, do CPTA.

Nos termos do preceito: «*as providências cautelares a adotar devem limitar-se ao necessário para evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente, (...)» (o sublinhado é nosso).*

Assim, de acordo com este poder de conformação impõe-se questionar se é possível o seguinte:

- a) Em determinados casos em que a providência cautelar seja necessária, mas apenas parcialmente, a decisão do tribunal poderá limitar-se à suspensão parcial da disposição?
- b) Ou, será possível o juiz cautelar intimar a administração à correção da norma?

Na própria ação principal, o vazio jurídico deixado pela declaração de ilegalidade conduziu a posições doutrinárias distintas que inevitavelmente poderão ser transpostas para o regime cautelar, mormente o problema de saber se o tribunal será competente para apreciar da legalidade das normas a repristinar.

E, pese embora o legislador tenha esclarecido, na revisão de 2015, que o tribunal pode afastar o efeito repristinatório quando as normas a repristinar padeçam, elas próprias, de invalidade⁸⁷, impõe-se perguntar se o juiz cautelar poderá apreciar da ilegalidade da norma a repristinar?

Na mera abordagem ao direito posto do regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares torna-se difícil apresentar respostas à investigação.

§4. Em jeito de balanço

O regime da tutela cautelar especial do regulamento administrativo, previsto no art. 130.º do CPTA, configura uma disciplina processual limitada.

⁸⁶ Cfr. CARLA AMADO GOMES, «A suspensão jurisdicional de regulamentos...», cit., pp. 236.

⁸⁷ Sobre este tema, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre ...*, cit.

O art. 130.º é o único regime cautelar especial configurado a acolher as necessidades da tutela cautelar da norma regulamentar dos artigos 72.º a 77.º.

Contudo, o art. 130.º não está vinculado a todas as pretensões da tutela do regulamento, particularmente à tutela cautelar incidental e concreta (instrumental ao regime do art. 73.º, n.º 3, al. a)) e à intimação à prática de normas devidas (instrumental ao regime do art. 77.º). Esta última pretensão mais problemática: primeiro porque remete a pretensão ao regime-geral, desvirtuando as particularidades da norma regulamentar, colocando em risco a segurança e certeza jurídicas e a própria estabilidade do ordenamento jurídico; segundo porque, havendo poder vinculado quanto ao dever de emitir regulamentos, por gestão processual, o juiz cautelar poderá antecipar a decisão da causa, produzindo efeitos gerais.

Posto isto, impõe-se considerar sobre quais as pretensões a consagrar no regime cautelar especial próprio às particularidades do regulamento administrativo.

A norma regulamentar caracteriza-se como fonte de direito por determinar padrões de conduta a todos os seus destinatários, logo, como qualquer norma jurídica surge no ordenamento jurídico pelas notas da abstração e generalidade, ao contrário do ato administrativo que tem um carácter concreto e individual.

A aplicação dos artigos 128.º e 129.º, *ex vi* 130.º, n.º 4, ao regime da suspensão da eficácia da norma vincula o processo deste regime à técnica do efeito suspensivo automático.

O efeito suspensivo automático não garante adequada tutela jurisdicional efetiva à disciplina do procedimento, tanto mais que os terceiros são atingidos pelos efeitos processuais com a mesma intensidade que um qualquer ato administrativo atinge a esfera do seu titular, não assegurando dignamente a tutela efetiva destes terceiros, sejam eles beneficiários da suspensão ou contrainteressados.

Consequentemente, se o princípio da tutela jurisdicional efetiva é o princípio basilar do contencioso administrativo - princípio limitado pelos princípios do prazo razoável e do processo equitativo -, então, a ausência da intervenção dos terceiros, na primeira fase processual, não garantindo o cumprimento do princípio do processo equitativo, não configura a necessária tutela jurisdicional efetiva, exigência constitucional dos arts. 20.º, n.º 4 e 268.º, n.º 5, da CRP.

Portanto, há uma clara necessidade de rever o procedimento do regime cautelar da norma regulamentar, mormente quando atinge a esfera jurídica de todos os destinatários da norma, interesses que devem ser ponderados, para uma adequada repartição de riscos.

Por fim, o artigo 130.º parece limitar os poderes do juiz cautelar ao “se” da providência, não lhe configurando qualquer margem na determinação do “como”.

Por outras palavras: o legislador ordinário parece limitar o juiz cautelar à medida absoluta da suspensão da eficácia da norma regulamentar objeto de litígio, não lhe atribuindo margem de conformação quanto a outras medidas possíveis, nomeadamente à suspensão parcial da norma ou à sua correção. Por isso, impõe-se refletir sobre quais as margens de conformação do juiz cautelar a que está vinculado pelo art. 120.º, n.º 3, na conciliação deste com o regime especial das normas.

CAPÍTULO 2. – QUADRO COMPARADO

OBJETIVO: AS SOLUÇÕES DO QUADRO DE DIREITO COMPARADO: ALEMANHA E ESPANHA

Sumário: §0. Nota prévia. §1. Perspetiva alemã. §2. Perspetiva Espanhola. §3. Em jeito de balanço.

§0. Nota prévia

O regulamento administrativo como instrumento exercido pela Administração Pública de carácter autoritário e unilateral⁸⁸, que se consubstancia enquanto *enunciado*⁸⁹ da produção de normas gerais e abstratas, ganhou palco nos mais variados ordenamentos jurídicos. Pese embora a nomenclatura dos regulamentos administrativos possa ser diferente de ordenamento para ordenamento, o regulamento administrativo apresenta-se de igual forma: um ato normativo geral e abstrato emitido pelas entidades administrativas que está subordinado à lei. No entanto, as soluções jurisdicionais dos seus litígios percorrem caminhos distintos⁹⁰.

A expressão «*untergesetzliche normen*» caracteriza as normas regulamentares do ordenamento jurídico alemão, enquanto normas “*sub-legislativas*”, isto é, normas hierarquicamente “*abaixo*” das “*leis*”⁹¹. As *untergesetzliche normen* tanto podem constituir-se enquanto *Rechtsverordnungen*, como *Satzungen*. As primeiras são atos normativos gerais e abstratos emanados das autoridades executivas e

⁸⁸ Nesse sentido, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre ...*, cit., pp. 42 e ss.

⁸⁹ Para mais desenvolvimentos sobre a concreta distinção entre regulamento e norma regulamentar, vide PEDRO MONIZ LOPES, «*Objecto, condições e consequências...*», cit., pp. 515 e ss.

⁹⁰ Para uma abordagem à problematização dos atos regulamentares no contencioso dos ordenamentos jurídicos europeus, BENOÎT DELAUNAY, «*Presentation Generale*», in: L'Acte ..., cit.

⁹¹ Para todas as considerações iniciais, vide MICHAEL LOTHAR, *Normenkontrollen – Teil 1: Funktionen und Systematisierung*, ZJS 2012, 756 (759). Disponível em pdf: http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2012_6_643. Concretamente, sobre o conceito «*untergesetzliche normen*», https://de.wikipedia.org/wiki/Untergesetzliche_Normsetzung [consultado a 15 de março de 2021].

administrativas do Estado federal ou regional. As segundas são atos normativos gerais e abstratos emanados das entidades públicas no exercício de poderes autónomos legalmente conferidos⁹².

Ambas se diferenciam das *Verwaltungsverordnung* por produzirem efeitos jurídicos externos e, por isso - ao contrário das *Verwaltungsverordnung*- as *Rechtsverordnungen* e as *Satzungen* estão sujeitas ao controlo judicial principal e abstrato⁹³.

Nesta lógica, os tribunais administrativos têm competência para fiscalizar a compatibilidade das *untergesetzliche normen* com as “leis de nível superior” / “leis formais” (= *förmlichen Gesetzes*), tanto através do controlo abstrato e a título principal das normas (= *abstrakte und prinzipale Normenkontrolle*), como também através do controlo concreto e a título incidental (= *konkrete und inzidente normenkontrolle*). Para a doutrina alemã é essencial compreender a sistematização dos diferentes tipos de controlo, bem como as funções associadas aos efeitos jurídicos do regime jurisdicional⁹⁴.

Assim, se por um lado, o regime do §47, da *VwGO* consagra o controlo judicial das normas regulamentares externas a título principal e com a produção de efeitos gerais, por outro lado, os regimes §42 e §43 estão habilitados a apreciar a norma regulamentar a título incidental e a produzir efeitos jurídicos concretos.

Lógica mantida no modelo cautelar do ordenamento jurídico alemão e que servirá de base ao nosso estudo de direito comparado, a apresentar nesta segunda parte da dissertação (§1).

Quanto ao ordenamento jurídico espanhol, os *reglamentos* também se caracterizam como instrumentos jurídicos da administração pública que se diferenciam dos atos administrativos pela sua linguagem impessoal e abstrata, constituindo-se enquanto normas jurídicas que “inovam o ordenamento jurídico” (= *innova el ordenamento*), seja porque revogam um outro regulamento, seja porque criam normas jurídicas novas, ou porque configuram novos atos jurídicos ainda não previstos. Sempre vinculadas à lei⁹⁵.

A reação à invalidade dos regulamentos por desconformidade com as leis, foi configurada pelo legislador ordinário nos art. 25.º e 26.º, da LJCA, cumprindo a exigência constitucional do controlo

⁹² Para mais desenvolvimentos, vide AUREORE GAILLET, « ALLEMAGNE », in: L'Acte Administratif a Portee Generale et son Controle Juridictionnel, Société de législation comparée, Composition du groupe de travail: AURÉLIE ANTOINE/ ANTOINE CLAEYS/ BENOÎT DELAUNAY/ AUREORE GAILLET/ MARIE GAUTIER-MELLERAY/ FRANÇOIS-VIVIEN GUIOT/ JEAN LATOURNERIE/ THOMAS PERROUD, 2015, disponível em pdf: https://www.ut-capitole.fr/medias/fichier/rapport-sur-le-controle-des-actes-a-portee-generale_1532701281852-pdf, p. 21 e 22; MÁRIO TAVARES DA SILVA, *A nulidade do plano urbanístico : contributo para a compreensão das relações de compatibilidade e de conformidade à luz de um novo princípio da legalidade*, Coimbra, Almedina, 2013, nota 432.

⁹³ Sobre a problematização do regulamento administrativo no direito substantivo alemão, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, janeiro de 2011. Disponível em pdf: https://eg.uc.pt/bitstream/10316/17968/1/Tese_Ana%20Raquel%20Moniz.pdf.

⁹⁴ Nesse sentido, MICHAEL LOTHAR, *Normenkontrollen – Teil 1: Funktionen und Systematisierung...*, cit.

⁹⁵ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, CIVITAS, Novena Edición, 1999, p. 179.

judicial, prevista no art. 106.º, n.º 1, da *Constitución Española*. Assim, os art. 25.º e 26.º, da LJCA, consagram dois regimes de impugnação: i) o *recurso directo* das *disposiciones de carácter general*, que visa a declaração de ilegalidade a produzir efeitos jurídicos gerais; e, ii) o *recurso indirecto* das *disposiciones de carácter general* através da apreciação do ato administrativo que dá exequibilidade à norma regulamentar inválida⁹⁶.

Pese embora a correspondência do processo principal com o processo cautelar não seja tão objetiva como o ordenamento jurídico alemão - i. e., a cada concreto processo principal, um concreto processo cautelar -, o ordenamento jurídico espanhol construiu um sistema cautelar uniforme que abarca todas as pretensões - à exceção das pretensões que versam sobre a *inactividad da Administración* que têm um processo cautelar sumaríssimo. Nesta lógica a tutela cautelar do regulamento administrativo, instrumental ao processo de impugnação de normas, seja através da tutela directa/ principal, seja através da tutela indirecta/ incidental, está configurada no sistema cautelar comum (§2).

§1. Perspetiva Alemã

§1.1. Apresentação do sistema das *vorläufigen rechtsschutz*

Para FRIEDHELM HUFEN, o sistema das *vorläufigen rechtsschutz* – sistema das providências cautelares, na nomenclatura dos ordenamentos jurídicos latinos - poderá ser mais simples do que possa aparentar à primeira vista: fundamenta-se numa orientação precisa em relação ao objeto de litígio e ao tipo de ação principal que o requerente pretenderá deduzir⁹⁷.

No entanto, antes de avançarmos com a sua compreensão, o sistema das *vorläufigen rechtsschutz* concretiza o princípio da tutela jurisdicional efetiva, consagrado no preceito § 19.4, da *Grundgesetz* (= GG), e é delimitado pelas disposições do §80 (e 80-a, 80-b), §123 e §47.6 da *VwGO*. Diga-se, todos estes preceitos podem acolher a norma regulamentar a título principal ou incidental, de acordo com os efeitos da norma que se pretenderão acautelar e da ação principal a deduzir (ou já deduzida).

⁹⁶ Sobre a concreta distinção entre «*reglamentos*» e «*disposiciones de carácter general*», vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos* ..., cit., nota de rodapé 341, pp. 107 e 108.

⁹⁷ A expressão exata: «*Da System des vorläufigen rechtsschutz der VwGO ist einfacher als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Es beruht auf einer exakten Ausrichtung am Streitgegenstand und na der klageart*», sic. FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, Grundrisse des Rechts, 10. Edition 2016, n.m. 7, p. 493.

Antes, cumpre esclarecer sucintamente cada um dos preceitos e a correspondente ação principal a deduzir⁹⁸. Assim, em relação a cada um dos regimes dizer o seguinte:

(a) A providência cautelar a requerer com vista à proteção dos efeitos produzidos pelo ato administrativo impugnável segue o regime preceituado nos termos do § 80, preceito que consagra o efeito suspensivo automático, por força do §80.1, na apresentação do recurso de impugnação administrativa (= *Widerspruch*) e na propositura jurisdicional da ação de impugnação (= *Anfechtungsklage*), prevista no disposto do §42, da VwGO.

(a.1) A lei processual administrativa alemã prevê um regime especial quando o ato administrativo é dirigido a um sujeito e atinge a esfera jurídica de um terceiro. Aqui, cumpre evidenciar que este terceiro também pode impugnar o ato administrativo e suspender automaticamente a sua eficácia, nos termos do §80-a.

(b) A providência cautelar da ação de *Normenkontrollverfahren* prevista nos termos do §47.6 **está limitada às ações de fiscalização abstrata da norma regulamentar** preceituadas nos termos do §47, o que justifica a inclusão do regime cautelar no próprio preceito da ação principal. Dito isto, nos termos do §47.6, o tribunal pode, mediante requerimento, emitir uma *ordem judicial provisória* (= *einstweilige Anordnung*), se, para tanto, existir uma necessidade urgente de afastar a produção de prejuízos da norma regulamentar ou por outros motivos relevantes.

(c) Por fim, todas as restantes pretensões cautelares a formular que não preenchem os requisitos dos regimes do §80, § 80-a ou do §47.6, seguem os termos do §123. Assim, o regime do §123 consagra uma disposição de *numerus apertus*, no qual, o requerente das ações declarativas (prevista na disposição §43, da VwGO), ou da ação de *Verpflichtungsklage* – ação de condenação à emissão de ato administrativo- (prevista na disposição §42.1, parte final) e, ainda, da ação de *Leitungsklage* - ação de condenação -, poderá solicitar ao tribunal da ação principal, uma *ordem provisória* (= *einstweilige Anordnung*) com vista a assegurar o efeito útil da decisão principal.

Esta ordem provisória tanto poderá conservar o *status quo* (denominada *Sicherungsanordnung*), quando segue os termos do §123.1.1; como alterar o *status quo* com vista a modificar o estado de coisas ou a ampliar uma posição jurídica (denominada *Regelungsanordnung*), quando segue os termos do §123.1.2.. No entanto, na *praxis*, os atores jurídicos têm alguma dificuldade de as distinguir.

* Sobre a diversa bibliografia que versa sobre esta tema, vide FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit.; FINKELNBURG /DOMBERT /KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H. BECK, 7. Auflage, 2017 (Cap. § 30), pp. 193 e ss.; THOMAS MANN/ VOLKER WAHRENDORF, *Verwaltungsprozessrecht*, Academia Iuris, 4. Edition 2017 (§23. Einführung in das System des vorläufigen Rechtsschutzes), pp. 179 e ss.; CLEMENS KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in VwGO-Verfahren. Kommentierung der Par. 42, 47, 80, 80a, 80b, 123, 146 VwGO und des vorläufigen Rechtsschutzes in ausgewählten Bereichen des bes. Verwaltungsrechts mit Antragsmustern und Checklisten f.d. Rechtspraxis*, Freiburg : Haufe Verlagsgruppe, 1996. Na doutrina portuguesa, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência...*, cit., pp. 418 e ss.

Os regimes do §80 e §123 partem do pressuposto da existência de uma relação concreta criada pelo nexo entre o objeto de litígio e o *periculum in mora* e, conseqüentemente, produzem efeitos circunscritos à concreta relação em litígio. Por sua vez, o regime §47.6, enquanto processo cautelar do regime da fiscalização abstrata da norma, visa a produção de efeitos com força obrigatória geral, repercutindo-se na esfera jurídica de todos os destinatários da norma que é objeto de litígio.

Cumpra evidenciar que a ordem da disposição do §47.6 (até 1996 prevista no §47.7⁹⁹) levou grande parte da doutrina e da jurisprudência a defenderem a analogia ao modelo constitucional previsto no §32 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (= BVerfGG). Preceito que consagra o regime da tutela cautelar da ação de fiscalização das normas legislativas, competência do Tribunal Constitucional Federal («*Bundesverfassungsgericht*»). Isto porque a letra do preceito do §47.6 assemelha-se à disposição do §32 BVerfGG e ao pressuposto da demonstração de uma “urgência necessária”, pressuposto de decretamento que não é exigido nos regimes do §80 e §123, da VwGO.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que a omissão do preceito quanto ao procedimento e aos poderes do juiz deverá ser interpretada por analogia ao regime-geral das *vorläufigen rechtsschutz*, o §123. Neste sentido, há total harmonia na doutrina na consideração de que o processo cautelar instrumental da ação da *Normenkontrollverfahren* não se concretiza sobre o efeito suspensivo automático¹⁰⁰.

A bem dizer, pese embora o regime do §80 possa ser considerado a *força motriz* da tutela cautelar do contencioso administrativo alemão, o regime do §123 é a regra-geral do sistema das *vorläufigen rechtsschutz*, intrinsecamente associado ao princípio da atipicidade. E, não obstante as equivalências do regime do §80 e §123 - ambos são regimes que visam assegurar o efeito útil da sentença, através das *técnicas processuais de sumariada e provisoria* -, cumpre notar que se diferem significativamente na sua estrutura processual.

Assim, primeiro, se, por um lado, o impulso processual do regime do §80 é dado na própria intervenção do processo principal, por outro lado, o preceito do §123 consagra um processo independente ao processo principal, com vista a obtenção de uma *ordem provisória*.

Segundo, o facto destes regimes produzirem efeitos distintos: o regime do §80 consagra a conservação do *status quo*, através do mero efeito suspensivo; já o regime do §123, para além de conceber uma manutenção do estado das coisas - através da ordem *Sicherungsanordnung* - poderá

⁹⁹ Cfr. KLAUS FINKELNBURG, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, co-autoria UNTER MITARB e ANDREAS HAMANN, 4. völlig neubearb. Aufl., München : Beck, 1998, n. m. 43, p. 19.

¹⁰⁰ Neste sentido, *vide* FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H.BECK., 7. Auflage, 2017, ns. ms. 590 e 596, pp. 207 e ss.; WITTERN/ BABLSPERGER, *Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht: Grundriss für Ausbildung und praxis (Recht Und Verwaltung)*, Verlag W. Kohlhammer, 19. Auflage, 2007, p. 256 [consulta a 20/10/2020]. Disponível em: <http://books.google.com/books>.

conceber, ainda, a ordem provisória que produzirá efeitos antecipatórios quando se configura na *Regelungsanordnung*¹⁰¹.

Nesta lógica, referir, por fim, que o regime do §123 é dotado de uma ampla influência do sistema cautelar do processo civil¹⁰², tanto mais que o legislador no preceito do §123.3 apresenta um catálogo de disposições que remetem para o *Zivilprozessordnung* (ZPO). Aqui, com particular relevância, a doutrina tem considerado sobre os preceitos do § 938.1 ZPO e § 945 ZPO. O primeiro, configura ao juiz cautelar um poder de discricionariedade ou uma margem de livre apreciação - = *Ermessens* (ou de) *Beurteilungsspielraum* - na determinação da providência a adotar¹⁰³. Como evidencia a doutrina alemã, em causa não está o “se” da existência da providência, uma vez que o requerente terá de preencher as condições de procedência da *ordem provisória*, antes, a determinação da concreta medida a adotar¹⁰⁴. O segundo - § 945 ZPO – configura a responsabilidade abusiva do requerente sobre os requerimentos cautelares injustificados e abusivos, podendo o tribunal, conseqüentemente, determinar um valor indenizatório pelos danos causados ao requerido¹⁰⁵.

Todas as pretensões cautelares apresentadas poderão ser requeridas cumulativamente, nos termos do §44, da VwGO¹⁰⁶.

As pretensões do regime do §47.6, com vista à tutela cautelar abstrata poderão ser cumuladas com as pretensões associadas aos regimes do §80 e §123 na preterição de tutela cautelar com vista à proteção individual, desde que o requerente possa demonstrar a invalidade dos dois objetos, isto é da necessidade de tutelar a existência de um direito nas relações concretas em litígio e na relação abstrata¹⁰⁷.

Seguindo o exemplo de FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, a preterição cautelar da licença de construção através da proteção individual do §80 ou 80-a, não exclui a possibilidade do requerente solicitar a tutela cautelar do plano urbanístico que concretiza os termos da licença. No entanto, o requerente terá de demonstrar interesse processual nas duas pretensões, na medida em que a mera obtenção da ordem provisória do plano urbanístico sobre os atos administrativos já emitidos

¹⁰¹ No mesmo sentido, *vide* THOMAS MANN/ VOLKER WAHRENDORF, *Verwaltungsprozessrecht*,...,cit.; FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., pp. 488 a 493.

¹⁰² Como evidenciam KOPP/ SCHENKE., o processo civil alemão também consagra um regime de medidas conservatórias, nos termos do § 935 do ZPO e antecipatórias, nos termos do §940 do ZPO, tendo influenciado a concretização das *Sicherungsanordnung* e *Regelungsanordnung*. Para mais desenvolvimentos, *vide* KOPP/ SCHENKE, *VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 26. Auflage, 2020, em anotação ao §123, n. m. 6, p. 1612.

¹⁰³ Sobre este tema, *vide* KOPP/ SCHENKE, *VwGO*..., cit., em anotação ao §123, n. m. 28, pp. 1628 e 1629; FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit, n. m. 21, p. 526; CLEMENS KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in VwGO-Verfahren : Kommentierung der §§ 42, 47, 80, 80a, 80b, 123, 146 VwGO und des vorläufigen Rechtsschutzes in ausgewählten Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts. Berliner Praxiskommentare*, Freiburg i. Br., Berlin , München : Haufe-Verl.-Gruppe, 1996, em anotação ao § 123, n. m. 46, p. 203.

¹⁰⁴ Cfr. KOPP/ SCHENKE, *VwGO*..., cit., em anotação ao §123, n. m. 28, pp. 1628 e 1629.

¹⁰⁵ Para mais desenvolvimentos, *vide* KOPP/ SCHENKE, *VwGO*..., cit., em anotação ao §123, ns. ms. 43 e 44, pp. 1634 e 1635; FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit, n. m. 23, p. 527; CLEMENS KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz* ..., cit. n. m. 71.

¹⁰⁶ Cfr. THOMAS MANN/ VOLKER WAHRENDORF, *Verwaltungsprozessrecht*,...,cit., n. m. 384, pp. 178 e 179.

¹⁰⁷ Nesse sentido, *vide* FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz* ..., cit., ns. ms. 586 a 589, pp. 206 e ss.

poderá não se mostrar adequada ou necessária porque **a ordem provisória não tem efeitos retroativos**¹⁰⁸.

Este enquadramento ao sistema das *vorläufigen rechtsschutz* revelava-se fundamental para compreendermos a sistematização da tutela cautelar do regulamento administrativo do ordenamento jurídico alemão.

Para tanto, vamos, no decurso desta segunda parte da dissertação, delimitar a tutela cautelar da norma regulamentar de proteção geral, que segue os termos do §47.6, da VwGO, e os regimes da tutela cautelar da norma regulamentar de proteção concreta e incidental, tanto pelo regime §80, como §123.

Podemos já avançar, o regime do §47.6 é extremamente limitado e o regime §80 circunscreve-se à apreciação da norma através do ato administrativo que lhe dá exequibilidade.

§1.2. Notas à ação principal dos regimes cautelares: a tutela principal (= *prinzipale Normenkontrolle*) e incidental (= *inzidente Normenkontrollen*) do Regulamento e a tutela da omissão à prática da norma devida (= *Normerlassklage*)

Considerando que a determinação do regime a adotar fundamenta-se numa orientação precisa em relação ao objeto de litígio e ao tipo de ação principal que o requerente pretenderá deduzir, impõe-se que o requerente consiga delimitar o seu pedido cautelar dentro das pretensões e respetiva ação principal. Assim, o regime cautelar alemão distingue-se por tutelar o regulamento administrativo a **título principal** (= *prinzipale Normenkontrolle*) e a **título incidental** (= *inzidente Normenkontrollen*)¹⁰⁹.

Dissemos anteriormente, o regime do §47.6 está limitado às ações de *fiscalização abstrata da norma regulamentar* preceituadas nos termos do §47 (= *prinzipale Normenkontrolle*), o que justifica a inclusão do regime cautelar no próprio preceito da ação principal. E, na verdade, o caráter instrumental do processo acessório configura uma total dependência do processo cautelar às limitações da ação principal.

Mas, antes de avançarmos, cumpre notar que o regime da *Normenkontrollverfahren*, segundo a doutrina alemã, surge com uma dupla função: *primo*, a uniformidade da aplicação dos regulamentos, por produzir efeitos jurídicos com força obrigatória geral, garantindo segurança e certeza jurídicas; e,

¹⁰⁸ Cfr. FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz* ..., cit., n.m. 586, p. 206.

¹⁰⁹ Para mais desenvolvimentos, vide WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, C.F. Müller., 16. neu bearbeitete Auflage. 2019.

secundo, por economia processual do Tribunal Constitucional Federal, remetendo o processo das normas jurídicas da atividade administrativa ao contencioso administrativo¹¹⁰.

Posto isto, o regime da *Normenkontrollverfahren* é um regime especial da jurisdição administrativa que apresenta algumas particularidades, tanto mais, cumpre delimitar:

(i) A competência: Determina o preceito do §47.1 que a competência para a *Normenkontrollverfahren* está reservada ao *Oberverwaltungsgericht* (= *OVG*) ou *Verwaltungsgerichtshof* (= *VGH*) - Tribunal Administrativo Superior do Länd¹¹¹. Na organização da jurisdição administrativa Alemã são tribunais de segunda instância e são normalmente compostos por três juízes de carreira¹¹².

(ii) O objeto de litígio¹¹³: De acordo com o §47.1.1. poderão ser objetos dos processos de fiscalização abstrata tanto os *Satzungen*, consagradas no *Baugesetzbuch* (= *BauGB*) – Código do Urbanismo – como os *Rechtsverordnungen* que seguem os termos do §246.2 do *BauGB*¹¹⁴.

Já nos termos do §47.1.2., o legislador ordinário consagra a competência da jurisdição administrativa à fiscalização abstrata de “outras normas hierarquicamente inferiores às leis dos *Länder*, caso estes o prevejam na sua legislação” (a letra do preceito estabelece: «*von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt*»).

As “outras normas” (= *Sonstiges Landesrecht*), só merecem tutela da jurisdição administrativa se, para tanto, o legislador do *Länd* já o tenha autorizado¹¹⁵. Esta autorização permite que os regulamentos emitidos por qualquer entidade administrativa circunscrita à área daquele *Länd* possam ser objetos do regime da *Normenkontrollverfahren*, seja para a apreciação dos *Rechtsverordnungen* dos organismos municipais, universitários, ordens profissionais, entidades reguladoras, etc.¹¹⁶. Aqui, cabem uma panóplia de regulamentos administrativos. Todavia, o legislador do *Länd* de *Berlin*, como o legislador do *Länd* de *Hamburg* não concedem esta autorização, logo, nestes *Länder* a jurisdição administrativa não é

¹¹⁰ Cfr. KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao § 47, n. m. 3, p. 529.

¹¹¹ Para uma explicação objetiva do regime §47 da *VwGO*, vide <https://www.juracademy.de/baurecht-nrw/rechtsschutz-bebauungsplan.html>.

¹¹² Para mais desenvolvimentos sobre a organização judiciária do ordenamento jurídico alemão, vide https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-de-maximizeMS-pt.do?member=1.

¹¹³ O regime da *Normenkontrollverfahren* não contempla a apreciação de *projetos de regulamentos*, i.e., a fiscalização do regulamento antes da conclusão do procedimento administrativo não é admitida no âmbito da *Normenkontrollverfahren*, (antes, aos pressupostos da *Anfechtungsklage*), nesse sentido, FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., p. 226. Isto porque o regime do §47 configura um *traço*, particularmente relevante, enquanto regime de direito objetivo, aliás, nos primórdios do regime, apenas visava a apreciação da validade/ eficácia do regulamento. Mas, por ora, já não basta a demonstração dos vícios que afetam a validade do regulamento, é necessário que o pedido seja fundamentado pela afetação da posição subjetiva do demandante. Neste sentido, vide KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao § 47, n. m., 15, p. 535. Na doutrina portuguesa sobre a matéria, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre ...*, cit. pp. 170 e ss.

¹¹⁴ Para mais desenvolvimentos sobre os diplomas em matéria de gestão territorial do ordenamento jurídico alemão, na doutrina portuguesa, vide MÁRIO TAVARES DA SILVA, *A Nulidade do Plano Urbanístico: ...*, cit., pp. 127 a 161.

¹¹⁵ Rapidamente, referir que os *Länder* com autorização para a fiscalização abstrata das normas regulamentares são: *Baden-Württemberg* (de acordo com § 4 *BWAGVwGO*), *Bayern* (de acordo com o art. 5 *BayAGVwGO*), *Brandenburg* (de acordo com § 4.1 *BrandVwGG*), *Bremen* (de acordo com o art. 7 *BremAGVwGO*), *Hessen* (§ 15 *HessAGVwGO*), *Mecklenburg-Vorpommern* (§ 13 *MVAGGStrukG*), *Niedersachsen* (§75 *NdsJG*), *Sachsen-Anhalt* (§ 10 *SachsAnhAGVwGO*), *Saarland* (§18 *SaarlAGVwGO*), *Sachsen* (§24.1 *SächsJG*), *Schleswig-Holstein* (§67 *SchlHJG*), *Thüringen* (§4 *ThürAGVwGO*) e, mais recentemente, o legislador da *Norderhein-Westfalen* (§109^a *JustG NRW*) também concedeu a autorização. Quanto ao *Länd* da *Rheinland-Pfalz*, o legislador concedeu uma autorização limitada (§4RhPfAGVwGO). Neste sentido, vide KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao § 47, n. m. 23, p.539.

¹¹⁶ Para mais desenvolvimentos, vide KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao § 47 e FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz ...*, cit., ns. ms. 579 a 582, p. 205.

competente para o regime do §47, quer no que concerne à ação principal, quer à ação cautelar do §47.6¹¹⁷.

Para FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, o tema central da *praxis* das ações de fiscalização abstrata da norma circunscreve-se às matérias de direito do urbanismo (*rectius*, às normas regulamentares do §47.1.1)¹¹⁸. No entanto, parece-nos que com a Pandemia *Covid-19* e a multiplicidade de regulamentos que foram emitidos pelas entidades administrativas, as decisões que nestes dois últimos anos têm sido publicadas versam sobretudo sobre o preenchimento do §47.1.2.

(iii) Quanto à tempestividade: O legislador ordinário da *VwGO* consagrou nos termos da primeira parte do preceito do §47.2.1, o prazo de um ano para a propositura da ação de fiscalização abstrata da norma regulamentar. Prazo extremamente curto que, para os seus defensores, visa a estabilidade do ordenamento jurídico e os princípios da certeza e segurança jurídicas¹¹⁹.

(iv) Quanto às partes: Nos termos do §47.2.1, o pedido poderá ser proposto tanto por pessoas singulares ou coletivas que aleguem que a exequibilidade da norma viola ou ameaça violar, num futuro previsível, os seus direitos legalmente protegidos, bem como, têm ainda legitimidade ativa, qualquer entidade pública desde que as normas não tenham sido emanadas pelos seus órgãos¹²⁰.

Dizer ainda, de acordo com o §47.2.2., o demandado é a entidade administrativa que emitiu a norma regulamentar objeto de litígio, de modo a evitar confusões entre a entidade que emite o regulamento e a entidade que o executa.

Já quanto à intervenção de terceiros cujos interesses jurídicos sejam afetados por decisão favorável da *Normenkontrollverfahren*, está contemplada no regime desde 1 de janeiro de 2002, por remissão do preceito §47.2.4., aplicável aos preceitos comuns do §65.1 e 4 e §66.

Até 2002, a desconsideração da intervenção de terceiros no processo seria justificada tanto pelo círculo incontornável das partes a citar, como pelo caráter deste processo de direito objetivo. Posição que mereceu duras críticas da doutrina, sendo por esta manifestado que o argumento da “falta de capacidade de gestão do processo” não seria jurídica nem praticamente viável, tanto mais que o caráter de direito objetivo não excluiria a demonstração do direito subjetivo das partes, bem como (e mais importante) o efeito jurídico *erga omnes* da decisão¹²¹.

¹¹⁷ Cfr. KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao § 47, n. m. 23, p. 539.

¹¹⁸ Cfr. FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz ...*, cit., n. m. 582, p. 205.

¹¹⁹ Não há unanimidade na doutrina alemã quanto aos termos tão limitados do pressuposto da tempestividade previstos no §47.2.1. mas os defensores consideram que este período tão curto surge por referência aos princípios de certeza e segurança jurídicas, *vide* KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao § 47, ns. ms. 83 e ss, pp. 581 e ss.

¹²⁰ Não obstante o legislador da *VwGO* não consagrar no §47.2.1. as associações com capacidade jurídica – como o faz na disposição geral do §61.2 – a doutrina tem feito alusão ao disposto no § 2.1 da *UmwRG* por conceder legitimidade ativa às associações ambientais na propositura da ação de fiscalização abstrata da norma regulamentar. Cfr. KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao § 47, n. m. 38, pp. 549 e 550.

¹²¹ Neste sentido, CLEMENS KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in ...*, cit., em anotação ao §47, n. m. 12, p. 43.

Ora, não obstante a consagração no preceito do regime para as disposições gerais da citação de terceiros, a remissão do preceito §47.2.4 para o disposto no §65.1 determina que a citação dos terceiros (beneficiários da norma e da decisão favorável do processo de *Normenkontrollverfahren*) se cinja, meramente, à simples citação (= *Einfache Beiladung*), podendo ser emitida *ex officio* ou a pedido das partes, mas só será admissível até que a decisão do mérito se torne definitiva.

A disposição geral do §63, deve ser também aplicada no âmbito da *Normenkontrollverfahren*, preceito que nos termos do §63.4 consagra a possibilidade dos representantes do interesse público intervirem como parte, caso estes façam uso do seu direito de participação^{122/123}.

(v) Quanto aos efeitos da sentença: Nos termos do §47.5.2, se o OVG decidir que a norma regulamentar não é válida, declara a invalidade da norma e determina a sua publicação em jornal oficial, **produzindo**, conseqüentemente, **força obrigatória geral**.

Estes cinco pontos estendem-se ao regime cautelar do §47.6, por força do caráter instrumental deste processo acessório.

Posto isto, veja-se, os pressupostos processuais do regime da fiscalização abstrata das normas regulamentares mereceram uma configuração especial, mas, também, bastante limitada. Neste sentido, a doutrina tem caracterizado as pretensões que “cabem no regime do §47” – enquanto *prinzipale Normenkontrolle* -, das pretensões que estão “fora do regime §47” e que competem à jurisdição administrativa, remetendo, a estas, a tutela incidental e concreta - enquanto *inzidente Normenkontrollen*.

É neste sentido que a tutela cautelar da norma regulamentar mediamente operativa poderá ser impugnada através do ato administrativo, nos termos do §42, da *VwGO* (*rectius* a *Anfechtungsklage*)¹²⁴.

Seguindo o exemplo de SCHENKE, se a licença de construção do plano urbanístico padecer de algum vício por invalidade do plano, a licença poderá ser objeto da *Anfechtungsklage* e o plano urbanístico apreciado incidentalmente no âmbito da tutela efetiva do ato administrativo, estando, assim, assegurada a tutela efetiva do demandante.

Nestes casos, estamos perante uma tutela incidental de normas regulamentares apreciada através da impugnação do ato administrativo que, respetivamente, a torna exequível. Esta é a lógica da

¹²² Cfr. KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao § 47, ns. ms. 38 e ss, pp. 549 e ss.; FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 559 e ss., pp. 199.

¹²³ Soma-se, neste esquema meramente expositivo que nos termos do §47.2.3., o OVG pode, sob certas condições, conceder a outras pessoas jurídicas, que não estejam diretamente envolvidas no processo, a oportunidade de fazer uma “declaração”, mas atenção não se trata de um convite à participação, antes, uma mera audiência para um melhor esclarecimento de todos os aspetos que possam relevar para a decisão. Cfr. KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao § 47, ns. ms. 40 e 41, p. 551.

¹²⁴ Na doutrina portuguesa, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO GARCIA, «*As garantias de defesa jurisdicional dos particulares contra actuações do poder executivo na Alemanha*», Documentação e Direito Comparado – Boletim do Ministério da Justiça, n.º 27-28, p.446.

expressão literal de SCHENKE: «ein *inzidenter rechtsschutz gegen Normen mittels Anfechtung von Vollzugsakten*»¹²⁵.

A decisão final do processo não visa a declaração da ilegalidade da norma, logo, também não determina o seu desaparecimento do ordenamento jurídico, antes, a declaração da invalidade do ato administrativo específico e, respetivamente, a produção de efeitos jurídicos *inter partes*. Trata-se de uma tutela meramente individual¹²⁶.

Certo é que a *Anfechtungsklage* é a clássica ação do contencioso administrativo alemão. O pressuposto da ação (= *voraussetzung*) limita-se à verificação da existência do objeto de litígio, o ato administrativo. Objeto que se deve submeter ao conceito de ato administrativo do §35, da *Verwaltungsverfahrensgesetz* (= *VwVfG*)¹²⁷.

Ora, estabelece o preceito do §35, da *VwVfG*: « (...) *qualquer disposição, decisão ou outra medida de autoridade praticada por um órgão da Administração para regular um caso concreto no âmbito do direito público e que directamente se dirige à produção de efeitos jurídicos externos.*»¹²⁸ Pese embora a longínqua discussão na doutrina alemã sobre o objeto deste preceito, mormente as disposições gerais (= *Allgemeinverfügung*) e o seu enquadramento como atos administrativos, hoje o tema é relativamente pacífico, uma vez que o legislador estabeleceu, na segunda parte do preceito: «*uma disposição é um ato administrativo que se dirige a um grupo de pessoas determinado ou determinável de acordo com características gerais ou que diz respeito ao âmbito do direito público de um objeto ou à sua utilização geral*»¹²⁹ (o sublinhado é nosso).

Desta forma, a *Anfechtungsklage* acolhe as ações principais que visam tutelar a medida de autoridade concreta e individual - *konkret-individuell* -, e *a contrario*, a *Normenkontrollverfahren* acolhe as ações principais que visam tutelar a medida de autoridade abstrata e geral - *abstrakt-generell*.

Assim, esta última - a título meramente exemplificativo - ,não tutela as disposições gerais determináveis como sejam o encerramento de instalações públicas (cfr. BverwG, NJW 1978, 2211), a atribuição da denominação a lugares e ruas (cfr. OVG Münster, DÖV 2008, 296; VGH München, NVwZ-

¹²⁵ Para mais desenvolvimentos sobre a tutelar o regulamento administrativo a título principal (= *prinzipale Normenkontrolle*) e a título incidental (= *inzidenten Normenkontrolle*), vide WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit.

¹²⁶ No mesmo sentido, vide MICHAEL LOTHAR, *Normenkontrollen – Teil 1: Funktionen und Systematisierung*, ..., cit.

¹²⁷ Para mais desenvolvimentos sobre o regime da *Anfechtungsklage*, vide FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., pp. 209 e ss. Na doutrina portuguesa, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO GARCIA, «*As garantias de defesa jurisdicional* ...», cit., p. 435 e ss; SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, Volume 1, LEX, março 2005, p. 97.

¹²⁸ Tradução de MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO GARCIA, *vd* MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO GARCIA, «*As garantias de defesa jurisdicional* ...», cit., p. 436.

¹²⁹ Tradução livre da autora. Consagra a segunda parte do preceito §35, da *VwVfG*: «*Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.*»

RR 1998,705), ou a proibição da venda de certos bens perigosos para a saúde (cfr. BVerwGE 12, 87), na medida em que se identificam enquanto atos administrativos gerais e, já não, normas jurídicas¹³⁰.

Já quanto ao sistema do §123, está associado ao princípio da atipicidade e, pese embora possamos identificar as ações principais a deduzir e os respetivos efeitos que a ordem provisória pretenderá assegurar, a doutrina alemã define o regime do §123 como “último recurso”, i. e., só poderá ser requerido se a pretensão “estiver fora” dos regimes §80 ou do §47.6.

Assim, quando a pretensão do demandante não preencha os pressupostos do §47 e não seja uma norma mediatamente operativa com vista à proteção individual que é tutelada através do regime de impugnação do ato administrativo, a doutrina e jurisprudência alemã contemplam outros meios à tutela jurisdicional efetiva da norma regulamentar, mormente à proteção individual da norma imediatamente operativa (= *Vollzugsnorm*).

Ora, e aqui tem sido defendido, bem como consagrado pela jurisprudência, a remissão da tutela destas pretensões à ação declarativa, nos termos do §43, da VwGO.

As ações declarativas (= *Feststellungsklage*) que acolhem a norma regulamentar visam decidir sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídico-administrativa que a exequibilidade da norma obsta ou limita.

O demandante terá de demonstrar que possui um interesse legítimo (= *berechtigtes Interesse*) na declaração da existência ou inexistência da relação¹³¹. Portanto, o centro do processo é o direito que constrói a relação jurídica em causa, a norma regulamentar só será decidida a título incidental. Ora, tal como a *Anfechtungsklage*, os efeitos produzidos pela sentença da *Feststellungsklage* limitam-se à esfera jurídica das partes^{132/ 133}.

Por fim, para concluir estas breves notas às pretensões e respetivos objetos da ação principal, é também reconhecida tutela jurisdicional efetiva na proposta de uma ação a decidir sobre **a omissão da administração pública** na obrigação de emitir regulamentos, que se designa *Normerlassklage*.

¹³⁰ Cfr. FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., p. 222.

¹³¹ No mesmo sentido na doutrina portuguesa, vide MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO GARCIA, «As garantias de defesa jurisdicional ...», cit., p. 442 e SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, ..., cit., p. 99.

¹³² Para mais desenvolvimentos, vide KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao § 43, ns. ms. 8 a 8x, pp. 470 e ss.

¹³³ Mas, referir ainda, não obstante a divergência do tema, quando as pretensões do demandante estão fora do âmbito do §§47 e 42.1, e a proteção individual não se mostra suficiente, SCHENKE (e a própria jurisprudência também já o reconheceu) tem defendido a aplicação da ação declarativa atípica (= *Atypische Feststellungsklagen*). Por outras palavras e por razões de clareza de discurso: para o autor, a *Atypische Feststellungsklagen* limita-se aos casos (especiais) em que a pretensão do demandante só será dignamente tutelada, se a decisão se produzir na esfera de um número indeterminável de destinatários (= *Janusköpfige Normen*) ou os casos em que a norma é exequível por várias entidades administrativas. Em ambos os casos, a norma será apreciada a título principal e produzida com força obrigatória geral, mas a competência, tal como nos termos do §43, remete-se aos tribunais de primeira instância. São precisamente os pressupostos processuais desta matéria que ainda são discutidos pelos administrativistas. Para mais desenvolvimentos, vide WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., pp. 375 e ss.; KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao § 43, ns. ms. 8 a 8x, pp. 470 e ss.

Contudo, nos dias de hoje, não obstante esta possibilidade ser associada à jurisdição administrativa, por força do princípio da tutela jurisdicional efetiva (§19.4 GG), o legislador da *VwGO* ainda não consagrou concretamente qualquer preceito para o efeito. Todavia, para a jurisprudência e a doutrina alemã não se trata, em concreto, de uma nova ação, antes, deverá ser integrada nos regimes já existentes, mormente na ação de condenação em geral (= *Allgemeine Leistungsklage*) e na ação declarativa (= *Feststellungsklage*)¹³⁴. Esta última é, de facto, a posição dominante. Em ambas, são competentes os tribunais de primeira instância, os tribunais administrativos regionais (= *Verwaltungsgerichte*). E, em bom rigor, a competência do OVG não pode, de forma alguma, ser assumida, na medida em que não é considerada qualquer analogia ao regime do §47, *VwGO*¹³⁵.

Como assinala HUFEN, a jurisprudência tem apreciado predominantemente a omissão da administração pública a partir da *Feststellungsklage* e, neste sentido, o objeto de litígio circunscreve-se à concreta relação jurídico-administrativa, por conseguinte, o demandante terá de demonstrar o interesse em agir no que às exigências da ação declarativa concerne¹³⁶.

A *allgemeine Leistungsklage* será considerada sempre que a *Feststellungsklage* não se tornar possível e os seus efeitos poderão produzir-se com força obrigatória geral, aliás, como defende HUFEN, há muito que a *allgemeine Leistungsklage* poderá produzir efeitos *erga omnes* quando não se limita à apreciação da condenação à prática de ato administrativo¹³⁷.

Posto isto, o demandante será - tal como a *Normenkontrollverfahren* - a entidade administrativa que emitiu o regulamento (neste caso, a entidade administrativa que deverá emitir o regulamento)¹³⁸, e o regime cautelar, independentemente do regime que tutele a *Normerlassklage*, corresponderá ao regime-regra do preceito §123, da *VwGO* – preceito que contempla o princípio da atipicidade¹³⁹.

A tutela jurisdicional efetiva do regulamento administrativo enquanto competência da jurisdição administrativa preenche os termos do §90.2 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (= *BVerfGG*), ou seja, o particular só poderá recorrer à jurisdição constitucional para defesa de um qualquer seu direito fundamental se tiver esgotado o processo, sem êxito, no contencioso administrativo¹⁴⁰.

¹³⁴ Sobre o tema, vide FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., pp. 365 e ss.; KOPP/ SCHENKE, *VwGO*..., cit., em anotação ao § 47, ns. ms. 13 e 14, pp. 533 a 535, e na anotação § 43, ns. ms. 8o a 8r, pp. 478 e 479.

¹³⁵ Cfr. FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., pp. 367 e 368.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 368.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 370.

¹³⁹ Veja-se, para tanto, a fundamentação das seguintes decisões: VG München, Beschluss v. 26.03.2020 – M 26.03.2020 – M 26 E 20.1248, e, ainda, VG München, Beschluss v. 22.10.2020 – M 26a E 20.5020. Disponível em: <https://openjur.de/>.

¹⁴⁰ Cfr. WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., pp. 388 e ss.

E se, durante um longo período, a questão de saber se a fiscalização abstrata do regulamento administrativo com fundamentos de inconstitucionalidade deveria promover ou não a apresentação direta da queixa constitucional¹⁴¹ - o mesmo no que à condenação à emissão de normas regulamentares¹⁴²-, hoje, não há dúvidas dentro do ordenamento jurídico alemão em considerar que o regime do §47, da VwGO e a *Normerlassklage* estão abrangidos pelo preceito do §90.2, BVerfGG¹⁴³.

§1.3. A tutela cautelar da norma regulamentar

Dissemos anteriormente que a delimitação do regime dos pedidos cautelares é feita com base nos diferentes objetos de litígio e que está vinculada ao princípio do processo principal aplicável ao caso. Posto isto, fácil será seguir a lógica da jurisprudência do contencioso administrativo alemão:

- VwGO, § 42.1 ↔ VwGO, § 80 (e §80-a) = Objeto de litígio → ato administrativo.
- VwGO, § 43 ↔ VwGO, § 123 = Objeto de litígio → relação jurídica.
- VwGO, § 47 ↔ VwGO, § 47.6 = Objeto de litígio → norma mediata ou imediatamente operativa.

Ora, tendo em consideração a posição jurisprudencial na determinação da ação principal do regime cautelar: a afetação do direito subjetivo da norma regulamentar poderá conduzir as pretensões do requerente tanto à tutela cautelar principal, como à tutela cautelar concreta. Isto porque, pese embora o regime da fiscalização principal do regulamento configurar-se através de um carácter objetivo na apreciação da validade da norma, a verdade é que o preceito do §47.2.1. impõe ao regime a demonstração da violação, ou ameaça num futuro previsível, de um qualquer direito legalmente protegido do administrado/ requerente.

Assim, não obstante o sistema das *vorläufiger rechtsschutz* caracterizar-se enquanto sistema objetivo que se configura de acordo com o objeto de litígio e a ação principal aplicável, a norma regulamentar poderá ser apreciada tanto na tutela cautelar principal, como na tutela cautelar incidental, podendo, em bom rigor, conduzir a equívocos.

Por isso, importará compreender o raciocínio da *praxis* dos tribunais administrativos do ordenamento jurídico alemão quanto à determinação entre as pretensões do requerente/ demandante e o regime aplicável.

¹⁴¹ Cfr. MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO GARCIA, «*As garantias de defesa jurisdicional*...», cit. p. 447.

¹⁴² Cfr. KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47, n. m. 13 e 14, pp. 533 e 534.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 584.

Logo, pese embora o regime cautelar a adotar seja determinado pelo requerente na fundamentação do seu pedido, o tribunal deverá configurar, se, naquele concreto caso, a questão se remete à **exclusiva qualificação jurídica** e, portanto, à apreciação abstrata da legalidade, ou, antes, se o pedido consiste numa **situação de facto concreta** que se limita à mera impugnação do ato administrativo que dá exequibilidade à norma mediatamente operativa ou à mera apreciação da relação jurídica já determinada antes da vigência da norma¹⁴⁴.

Nos termos do §88 e §122.1, não obstante o tribunal não estar vinculado ao pedido das partes, não poderá transgredir os limites essenciais da interpretação do requerimento, logo, deverá ser capaz de determinar o objetivo da *ordem provisória* alicerçando-se no pedido do requerente e nas alegações das partes, sendo certo que a *decisão* deverá ser sempre fundamentada¹⁴⁵.

Antes de avançarmos, importa deixar nota, as lacunas do regime da tutela cautelar a título principal e abstrato do regulamento serão colmatadas tanto pelas regras da ação principal, como pelo sistema cautelar do regime §123¹⁴⁶. Por isso, nas próximas linhas, vamos procurar definir o regime §123 (**§1.3.1.**) para depois compreender o regime §47.6 (**§1.3.2.**).

§1.3.1. A tutela cautelar a título incidental e concreto do regulamento

Não obstante o objeto de litígio dos processos da jurisdição administrativa que compõem o *Inzidente Normenkontrollen* não se reportarem ao regulamento ou à norma regulamentar, os regimes §§ 80, 80a e 123, quando apreciam a fiscalização da tutela cautelar da norma regulamentar a título incidental, estão inseridos na sistematização alemã da tutela cautelar do regulamento administrativo¹⁴⁷.

Neste sentido, a tutela cautelar da norma regulamentar mediatamente operativa poderá ser apreciada a título incidental através dos regimes §§ 80 e 80-a, da *VwGO*, remetendo o efeito suspensivo à tutela cautelar do regulamento quando o objeto de litígio é o ato administrativo que dá exequibilidade à norma administrativa inválida¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Neste sentido, vide *Sächsisches Oberverwaltungsgericht Bautzen, Beschluss*, 3 B 440/20. Disponível em: <https://www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/documents/20B440.B01.pdf>.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Cfr. FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., p. 529 e KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao § 47, ns. ms. 149 e ss, pp. 627 e ss. Em sentido divergente, argumentando a remissão para as regras do ZPO através da disposição geral do § 173, do *VwGO*, vide FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz* ..., cit., n. m. 554, p.197.

¹⁴⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a sistematização da tutela da norma jurídica no ordenamento jurídico alemão, vide MICHAEL LOTHAR, *Normenkontrollen – Teil I*, ..., cit.

¹⁴⁸ Neste sentido, vd. WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., ns.ms. 1065 e ss., pp. 377 a 385.

A regra do regime §80, da *VwGO*, que tutela diretamente o ato administrativo impugnado, é a suspensão da eficácia automática da produção dos efeitos do ato, sendo certo que o objetivo do requerente é a conservação do *status quo*, a manutenção da sua posição jurídica que a produção do ato administrativo afetará¹⁴⁹.

Os pressupostos processuais seguem os mesmos termos do processo principal. O requerente terá de demonstrar a afetação do seu direito subjetivo pelo ato administrativo inválido, de acordo com o preceito do §42.2, da *VwGO*. A letra do preceito consagra que: «(...) o pedido só será admissível se o demandante demonstrar que o ato administrativo viola os seus direitos (...)»¹⁵⁰. Já o requerido será a entidade administrativa que emitiu o ato administrativo. Os terceiros interessados e o representante público estão vinculados às regras gerais, logo, seguem os termos do §§ 62 e seguintes, da *VwGO*¹⁵¹.

O pedido cautelar deverá ser sempre fundamentado, bem como a *ordem* da entidade administrativa para o “levantamento” da suspensão do ato administrativo, esta última, motivada por interesses públicos preponderantes na sua execução imediata (§§ 80.2.4 e 80.3, da *VwGO*)¹⁵².

Ora, como avança SCHENKE, a tutela cautelar da norma mediatamente operativa inválida poderá ser apreciada a título incidental através do ato administrativo. Neste caso, pese embora o ato administrativo que afeta a esfera jurídica do requerente seja o objeto de litígio, os fundamentos de invalidade apreciados na adoção da medida cautelar são, na verdade, os fundamentos de invalidade da norma regulamentar¹⁵³.

Contudo, a tutela cautelar da norma regulamentar a título incidental através do regime §80 (ou §80a) poderá não ter provimento, se, em casos excepcionais, a norma mediatamente operativa padeça de invalidade mas o ato administrativo é juridicamente eficaz, se a norma mediatamente operativa viola a esfera do direito subjetivo do seu destinatário mas o ato administrativo não o faz. Neste caso, não há fundamento jurídico para a tutela cautelar incidental e concreta¹⁵⁴.

Ainda nesta lógica, a suspensão da eficácia do ato administrativo que dá exequibilidade à norma poderá não ter provimento, se a tutela cautelar individual não salvaguardar os efeitos jurídicos da norma

¹⁴⁹ Todavia, de acordo com o preceito §80.2, a regra do efeito suspensivo automático consagra casos excepcionais que determinam a imediata execução do ato administrativo. Veja-se: os domínios da cobrança de taxas e impostos (§80.2.1), das decisões e medidas de polícia que não possam ser adiadas (§80.2.2), nos domínios consagrados especialmente em lei, seja através da Lei Federal («*Bundesgesetz*») e da Lei dos *Länder* («*Landesgesetz*») em matéria que verse sobre investimentos e criação de emprego (§80.2.3) ou, concretamente, vias de transporte e redes móveis (§80.2.3a), por fim, pode o autor do ato ou ao órgão superior que o reapreciar em sede de recurso administrativo determinar a imediata execução quando em causa estejam fundamentos de interesse público ou de interesse de um dos sujeitos, que seja preeminente.

<https://dejure.org/gesetze/VwGO/80.html> [consultado a 5 de abril de 2021].

¹⁵⁰ Tradução livre da autora. O preceito do §42.2, da *VwGO*, estabelece que: «*Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein.*»

¹⁵¹ Para mais desenvolvimentos sobre os regimes §80 e §80a, vide FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., pp. 512 e 513.

¹⁵² Na doutrina portuguesa, para todas as considerações quanto ao procedimento da suspensão da eficácia do ato administrativo nos termos do §§ 80ff, da *VwGO*, vd. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência...*, cit., pp. 418 e ss.

¹⁵³ Neste sentido, vd. WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., ns.ms. 1065 e ss., pp. 377 a 385.

¹⁵⁴ *Ibidem*, n. m. 1069.

mediatamente operativa inválida, por exemplo, quando o *periculum in mora* do requerente só se mostre devidamente acautelado com uma decisão jurídica que se produza em relação a um grande número de atos administrativos. Nesta circunstância, o requerente deverá solicitar uma tutela cautelar abstrata e não, a conservação do seu *status quo* com a mera proteção individual em relação aos efeitos jurídicos daquele concreto ato administrativo¹⁵⁵.

O regime do §123, da *VwGO*, surge como uma “clausula de salvaguarda” aos regimes das *vorläufiger rechtsschutz*, na medida em que os seus pressupostos só serão devidamente preenchidos pelo requerente se, para tanto, as suas pretensões não completarem as exigências processuais dos regimes §80 e §47.6.

Em bom rigor, é também nesta condição que se tem mostrado um regime indispensável à tutela cautelar do regulamento administrativo, isto porque, para além de pressupor uma apreciação menos rigorosa em comparação com o regime cautelar da *Normenkontrollverfahren* - uma vez que não é exigido ao requerente a demonstração da “urgência necessária”, antes, a mera “aparência de urgência”-, também comporta as pretensões que estão fora dos pressupostos do §47 (e §47.6).

Mas, antes de avançarmos, cumpre dizer que o regime do §123 está intrinsecamente associado ao princípio da atipicidade, uma vez que o tribunal competente da ação principal poderá, mediante requerimento, emitir tanto uma *ordem provisória* que conserve o *status quo*, como, ainda, e na mesma medida, uma *ordem provisória* que altere o *status quo*¹⁵⁶ (e aqui, veja-se que, desde há muito, a doutrina portuguesa reconhece as influências deste preceito na configuração do regime cautelar português, mormente no preceito do art. 112.º, n.º 1, do CPTA).

O preceito do §123.1, consagra a emissão de duas ordens provisórias: *primo*, nos termos do §123.1.1, a *Sicherungsanordnung* que visa impedir a modificação ou a alteração irreversível da situação jurídica existente entre o administrado e administração, sem a qual, a decisão final da causa tornar-se-á inútil pela frustração do direito subjetivo do administrado/requerente.

Na verdade, há uma tendência da doutrina em comparar a *Sicherungsanordnung* com a *Aufschiebende Wirkung* (a suspensão da eficácia do ato administrativo), porque ambas visam a

¹⁵⁵ *Ibidem*, n. m. 1067 e 1068.

¹⁵⁶ Sobre a bibliografia consultada sobre esta tema, vide KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §123; FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit.; CLEMENS KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in ...*, cit., em anotação ao §123; THOMAS MANN/ VOLKER WAHRENDORF, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit.. Na doutrina portuguesa, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo: A Propósito da Urgência na Realização da Justiça*, Almedina, maio de 2002; MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO GARCIA, «As garantias de defesa jurisdicional ...», cit.

manutenção do *status quo* e ,no fundo, são medidas com o objetivo claro de “conservar” a situação jurídica existente¹⁵⁷.

Secundo, já quanto à *ordem* da *Regelungsanordnung* que segue os termos do §123.1.2., por regra, está associada ao regime da ação de condenação. Por isso, o requerente assegurará os efeitos da ação principal se os antecipar provisoriamente. A *Regelungsanordnung* visa, essencialmente, intimar a administração à realização de uma conduta positiva, à prática de um ato administrativo ou até à realização de certa prestação material. Portanto, não estamos, neste caso, perante pretensões que visam a prevenção da situação jurídica existente, antes, o requerente pretenderá alterar a sua situação jurídica com vista a evitar desvantagens substanciais e, conseqüentemente, a inutilidade da decisão da ação principal.

Como referimos anteriormente, o preceito do §123 - ao contrário do §80 – configura-se enquanto regime independente do regime da ação principal, não obstante o seu caráter instrumental lhe garantir um vínculo com o processo que decide a causa. Nessa mesma medida, o tribunal competente é o *Verwaltungsgerichte* (tribunal de primeira instância), competente para a decisão final da causa (§123.2) e o requerente deverá, no âmbito cautelar, ser capaz de demonstrar a violação de um interesse legalmente protegido, por analogia ao §42.2, da VwGO¹⁵⁸. Por isso, é defendido que o pedido da *ordem provisória* se assemelha, enquanto demonstração da violação de um direito subjetivo, ao pedido da ação principal¹⁵⁹.

Assim, na apreciação das condições de procedência do pedido (= *Begründetheit des Antrags*), o tribunal verifica as perspectivas de sucesso da ação principal (= *Anordnungsanspruch*), bem como a verificação da existência de uma necessidade de proteção cautelar urgente (= *Anordnungsgrund*).

Nesta medida, o tribunal aprecia se os fundamentos apresentados no requerimento de impulso cautelar são ou não críveis (= *Glaubhaftmachung*), nos termos do §920.2, da ZPO, isto é, se existe ou não um direito subjetivo ameaçado e, no caso afirmativo, o tribunal deverá emitir ordem provisória que assegure o efeito útil da decisão final. Portanto, não há poder discricionário no “se” da ordem provisória¹⁶⁰.

Por outras palavras: o tribunal, através de um exame sumário, aprecia a probabilidade de sucesso da ação principal e do *periculum* na alteração da situação jurídica existente ou, no caso da ordem *Regelungsanordnung*, a provável necessidade de evitar desvantagens substanciais e se o

¹⁵⁷ Na doutrina portuguesa, *vd* ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático ...*, cit., nota 731, p. 227.

¹⁵⁸ Nesse sentido, *vide* KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §123, n. m. 4, pp. 1608 a 1610; CLEMENS KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in ...*, cit., em anotação ao §123, n. m.25, p. 196.

¹⁵⁹ Nesse sentido, *vide* CLEMENS KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in ...*, cit., em anotação ao §123, p. 200.

¹⁶⁰ Sobre o tema, *vide* KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §123; CLEMENS KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in ...*, cit., em anotação ao §123. Na doutrina portuguesa, ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático ...*, cit., pp. 228 e ss.

requerente tornar crível e demonstrar factualmente a existência do perigo para o seu direito subjetivo, a ordem provisória deverá ser emitida.

Como alertam KOPP/SCHENKE, pese embora competir ao requerente a demonstração crível do seu pedido cautelar, o princípio do inquisitório (= *Untersuchungsgrundsatz*), previsto nos termos do §86, também se aplica ao sistema das *vorläufiger rechtsschutz*. Por isso, dependendo da gravidade das consequências para o requerente, terceiros e para o interesse público (mormente se houver uma ameaça aos direitos fundamentais), será necessário que o tribunal averigue da necessidade da emissão da ordem provisória através de um “exame mais detalhado” da situação factual e jurídica. Por outras palavras: apesar de competir ao requerente a demonstração crível da *Anordnungsanspruch* e *Anordnungsgrund*, o juiz cautelar poderá sempre realizar as suas próprias investigações suplementares ao abrigo do disposto no §86, podendo, se necessário, ponderar os interesses em presença^{161/162}.

Ora, de acordo com o preceito do §123.4, o tribunal decide a *ordem provisória* através da *Beschluss*, e, nos termos do §122.2, esta decisão deve ser sempre fundamentada.

No entanto, a decisão da *ordem provisória* poderá ser tomada com ou sem audiência, sendo certo a preferência na apreciação cautelar para a produção de prova documental. Esta “*maleabilidade*” procedimental do sistema das *vorläufiger rechtsschutz* está associada ao princípio do inquisitório, não obstante o direito a ser ouvido («*rechtliches Gehör*») - expressão que se remete à lógica da mera possibilidade oral de contraditar os factos e as provas trazidas a juízo - o que poderá ser ultrapassado pela urgência da decisão provisória.

Mas, veja-se, se a urgência ou o objetivo do processo não permitirem a audiência das partes e de terceiros (citados nos termos da regra geral, §65 e §66, da VwGO), a *ordem provisória* deverá limitar-se às medidas imediatamente necessárias até que as partes, cujos interesses são afetados pela *ordem provisória*, possam ser ouvidas¹⁶³.

O tribunal, no decurso do processo acessório (tal como no processo principal), mantém um diálogo jurídico (= *Rechtsgespräch*) com as partes interessadas¹⁶⁴, quer sejam o requerente/requerido,

¹⁶¹ Sobre o tema, vide KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §123, ns. ms. 30 e 31, pp. 1629 e 1630; CLEMENS KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in ...*, cit., em anotação ao §123, n. m. 61, p. 209. Na doutrina portuguesa, vide MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO GARCIA, «*As garantias de defesa jurisdicional ...*», cit., pp. 455 e 456.

¹⁶² A doutrina tem entendido que a *Anordnungsanspruch* e *Anordnungsgrund* poderão configurar-se num único sistema flexível, de acordo com a situação concreta do caso em litígio, particularmente quando os interesses em presença o exigirem e, nesse sentido, seguindo a posição de HUFEN que assume uma fórmula já conhecida na jurisprudência: i) a ordem provisória deverá ser emitida se a ação principal mostrar-se manifestamente admissível ou evidente; ii) por sua vez, a ordem provisória não deverá ser emitida se a ação principal for considerada manifestamente inadmissível ou infundamentada; iii) já no caso de nenhuma das situações anteriores se mostrar possível, o tribunal deverá encontrar um equilíbrio na teoria das consequências: (a) se a ordem provisória for emitida e a ação principal não tiver êxito e, o contrário, (b) se a ordem provisória não for emitida e a ação principal tiver êxito. Exposição sistemática, vide FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., n. m. 16, pp. 525 e 526. E, para mais desenvolvimentos sobre o tema, vide KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §123, n. m. 26, pp. 1627 e 1628.

¹⁶³ Sobre o tema, vide KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §123, n. m. 31, pp. 1629 e 1630 e FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., n. m. 20, p. 528.

¹⁶⁴ Nesse sentido, vide MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO GARCIA, «*As garantias de defesa jurisdicional ...*», cit., p. 456.

quer sejam os terceiros ou o representante público, nos termos das disposições gerais. Desta forma, a produção de prova está tanto à mercê da livre apreciação do juiz cautelar, como do princípio da cooperação das partes e do princípio do contraditório.

Como referimos anteriormente, o preceito do §123.3, remete para o disposto no §938.1, da ZPO, o que configura um poder discricionário na conformação do conteúdo da *einstweilige Anordnung*, por conseguinte, o juiz cautelar goza de uma margem de discricionariedade na determinação do conteúdo da *ordem*, em função do seu fim. Já no que ao regime cautelar do ato administrativo respeita, o juiz cautelar goza de igual poder, mas não no “como”, antes, no “se” da suspensão¹⁶⁵.

Mas, pese embora o poder discricionário de conformação da ordem provisória, o juiz cautelar está também vinculado aos princípios da proporcionalidade e da menor interferência possível, podendo, se entender, depender a ordem provisória, a título de exemplo, de uma prestação de garantia, de acordo com o §921, da ZPO¹⁶⁶.

Certo é que a ordem provisória tanto poderá ser concedida de modo a assegurar a conservação do *status quo* - através da *Sicherungsanordnung* -, bem como a antecipar os efeitos da ação principal, através da alteração da situação jurídica existente, de acordo com a emissão da ordem *Regelungsanordnung*.

Portanto, quando está em causa a ameaça da lesão iminente de uma posição subjetiva afetada pela emissão do regulamento administrativo com reflexos na relação jurídico-administrativa do administrado-administração, correspondendo à propositura da *Feststellungsklage*, o juiz cautelar adotará a *ordem provisória* que considere, fundamentadamente, mais adequada ao caso concreto, não estando limitado ao efeito suspensivo. A *ordem provisória* produzirá efeitos circunscritos ao caso, porque em causa está a posição subjetiva individual e concreta do requerente.

Por seu turno, quando a ação principal corresponda à *Normerlassklage* e a ação principal a deduzir (ou já deduzida) se configure na *allgemeine Leistungsklage*, tal como a decisão final da causa, a *ordem* concedida poderá produzir efeitos *erga omnes*¹⁶⁷.

Por fim, cumpre notar, em primeiro lugar, que ao juiz cautelar não são atribuídos poderes mais amplos do que ao juiz do processo principal. Logo, *a priori* a antecipação da decisão principal não é possível, salvo se a antecipação se revelar indispensável à tutela jurisdicional efetiva¹⁶⁸. E, em segundo

¹⁶⁵ Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático ...*, cit., p. 232.

¹⁶⁶ Nesse sentido, CLEMENS KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in ...*, cit., em anotação ao §123, n. m. 69, p. 210.

¹⁶⁷ Seguimos a posição defendida por KOPP/ SCHENKE, *vide* KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §123, n. m. 9, pp. 1614 e 1614.

¹⁶⁸ Cfr. KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §123, ns. ms. 13 a 15, pp. 1617 a 1621; FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht, ...*, cit., ns. ms. 17 e 18, pp. 526 e 527.

lugar, e última nota, o facto de ao juiz cautelar não serem atribuídos poderes mais amplos do que, comparativamente, ao juiz do processo principal, restringe a *ordem provisória* aos efeitos (tão ou) menos amplos do que os efeitos da ação principal¹⁶⁹.

§1.3.2. A tutela cautelar a título principal e abstrato do regulamento

Definido o âmbito do regime §47.6 enquanto regime da tutela cautelar de controlo direto e abstrato do regulamento administrativo externo cumpre compreender a sua configuração.

Por ora, dizer que o regime do §47.6 - tal como o regime-regra do §123 - concretiza-se enquanto processo independente e sumário com vista à emissão de uma *ordem provisória*. Ora, não obstante o carácter de processo independente, este regime mantém uma relação instrumental com a ação principal, a *Normenkontrollverfahren*. Nesta lógica, os pressupostos processuais que seguem os termos do §47 estendem-se ao regime da *vorläufiger rechtsschutz*.

Mas a pretensão da tutela cautelar abstrata só será possível se mais nenhum outro regime assegurar os efeitos da norma inválida, mormente o regime do §80/ §42.1, da VwGO. No mesmo sentido, não deverá ser emitida *ordem* se a decisão cautelar não se revelar útil à salvaguarda dos efeitos da decisão final da causa.

Por enquanto, quanto aos pressupostos processuais¹⁷⁰, cumpre notar que as partes do processo cautelar são todos aqueles que são legítimas partes no âmbito do processo principal. Assim, o requerimento poderá ser apresentado na jurisdição administrativa tanto por pessoas singulares ou coletivas que possam demonstrar que a eficácia da norma viola ou ameaça violar num futuro previsível os seus direitos legalmente protegidos, bem como qualquer entidade pública, desde que as normas não tenham sido emanadas pelos seus órgãos.

A mesma lógica quanto ao requerido. Logo, o requerido corresponderá à entidade administrativa que emitiu o regulamento, objeto de litígio.

Particularmente relevante será a intervenção de terceiros (mormente os “beneficiários da norma”), sendo certo que terceiros são todos aqueles cujos interesses jurídicos serão afetados com o provimento da ação de fiscalização abstrata do regulamento e da respetiva *ordem provisória*.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Toda a bibliográfica consultada que versa sobre os pressupostos processuais, *vide* FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz ...*, cit.; KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47.6.

Certo é que a *ordem provisória* sendo favorável às pretensões do requerente também se produzirá na esfera jurídica do “beneficiário da norma”, isto porque os efeitos produzem força obrigatória geral. Nessa medida, os seus interesses também deverão ser considerados na apreciação do juiz cautelar. Assim, não obstante o legislador não ter configurado o modo e o fim da intervenção de terceiros no preceito do processo acessório, a doutrina e jurisprudência consideram que deverá ser aplicada a disposição do §47.2.4 e, por conseguinte, a remissão para as disposições gerais do §65.1 e 4 e §66.

Ainda, remetemos a apresentação dos pressupostos processuais para as considerações apresentadas no capítulo anterior, quer quanto à participação do representante público, quer, de igual forma, para os pressupostos apresentados quanto à competência (o tribunal competente é o *OVG*) e da tempestividade, considerados no regime cautelar nos mesmos termos do processo principal.

O legislador no preceito do §47.6 consagrou (“apenas”) que: «*o tribunal pode, mediante requerimento, emitir uma ordem provisória se tal for urgentemente necessário para evitar desvantagens graves ou por outras razões relevantes.*»¹⁷¹

Nestes termos, a jurisprudência e a doutrina sempre reconheceram a semelhança deste preceito à disposição constitucional, prevista no disposto do §32 *BVerfGG*. Esta última, consagra que «*o tribunal pode emitir uma ordem provisória se tal for urgentemente necessário para evitar desvantagens graves, de modo a prevenir o prejuízo iminente ou por outra razão relevante para o bem comum.*»¹⁷²

A tutela abstrata e direta do regulamento administrativo externo tem, no próprio carácter da ação principal, dois fundamentos: por um lado, o direito objetivo que se traduz na apreciação da alegada invalidade da norma e, por outro lado, o direito subjetivo que se traduz na apreciação da violação dos interesses legalmente protegidos do requerente/demandante, conforme a aplicação análoga do preceito §42.2, da *VwGO*¹⁷³.

Assim, pese embora a aproximação dos regimes §47.6, da *VwGO* e §32.1 *BVerfGG*, ambos configuram uma posição objetiva dos fundamentos invocados pelo requerente; o preceito §47.6 não prevê a demonstração de um interesse associado ao bem comum para a decisão da *ordem provisória*.

¹⁷¹ Tradução livre da autora. O preceito do §47.6, da *VwGO*, estabelece que: «*Das Gericht kann auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.*». Disponível em: <https://dejure.org/>

¹⁷² Tradução livre da autora. O preceito do §32.1 da *BVerfGG*, estabelece que: «*Das Bundesverfassungsgericht kann im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.*»

¹⁷³ Neste sentido, vide FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz ...*, cit., pp. 195 e ss.; KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47.

Segundo a doutrina, esta ausência é uma manifestação de que o legislador também tem suficientemente em conta o interesse individual demonstrado pelo particular requerente¹⁷⁴.

Ainda, a imposição do preceito à demonstração da “*urgência necessária*” afasta *a priori* a apreciação das condições de procedência (= *Begründetheit*) aos regimes da tutela cautelar concreta e individual, na medida em que a letra do preceito §47.6 exige uma apreciação mais rigorosa em comparação com o §123 e §80, onde basta a mera “*aparência da urgência*”.

Posto isto, prevê o preceito §47.6, da *VwGO*, que a “*urgência necessária*” na emissão da *ordem provisória* só poderá ser preenchida através da demonstração de “*desvantagens graves*” (= *Abwehr schwerer Nachteile*) ou “*por outros motivos relevantes*” (= *Wichtiger Grund*).

Assim, ao contrário do regime cautelar §123, aqui, a condição de procedência da providência, particularmente o preenchimento das “*desvantagens graves*”, não se basta na mera demonstração de um *periculum* à posição subjetiva do requerente.

Neste caso, será necessário a demonstração de que os direitos ou os interesses legalmente protegidos do requerente sejam afetados de forma “grave” pela exequibilidade da norma. Só será considerada a *ordem* se os danos causados na esfera do requerente se considerarem “*danos irreparáveis*”. Por seu turno, a “*urgência necessária*” será demonstrada “*por outros motivos relevantes*” se, para tanto, o *periculum* afetar uma esfera abstrata de destinatários¹⁷⁵.

A ponderação da “*urgência necessária*” foi conduzindo a jurisprudência do OVG/VGH na apreciação da demonstração crível do pedido apresentado pelo requerente à teoria das consequências, desenvolvida no âmbito da jurisprudência do tribunal constitucional. Para tanto, são consideradas todas as razões a favor e contra a emissão da ordem provisória e, conseqüentemente, ponderados tanto os interesses do requerente, como do requerido, bem como os interesses dos terceiros (beneficiários da norma e/ou beneficiários da providência).

Este exame acolhe a natureza, a gravidade e a razoabilidade das consequências entre a emissão da ordem e a decisão da causa principal. No entanto, a verdade é que a *praxis* jurídica tem adotado um “novo exame” às condições de procedência da *ordem*, no regime da tutela cautelar abstrata da norma regulamentar, claramente influenciada pelo sistema regra do §123¹⁷⁶:

¹⁷⁴ Cfr. KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47, n. m. 166, pp. 631 e 632. Ainda, FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN parecem seguir o mesmo sentido, no entanto, os autores procuram demonstrar que o interesse do bem estar comum – interesse geral – não deverá ser desconsiderado pelo caráter subjetivo, para os autores, quando a “urgência necessária” é preenchida “por motivos relevantes” (= *Wichtiger Grund*) há uma clara necessidade de demonstração crível do bem comum/ interesse geral, vide FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz ...*, cit., pp. 210 e ss.

¹⁷⁵ Neste sentido, vide KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47, n. m.166, pp. 631 e 632 e THOMAS MANN/ VOLKER WAHRENDORF, *Verwaltungsprozessrecht ...*,cit., pp. 209 e 210.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

- O tribunal começa por apreciar as perspectivas de sucesso da ação principal deduzida ou a deduzir e se este “*exame*” demonstrar que os fundamentos para a declaração de ilegalidade da norma são manifestamente **infundados ou inadmissíveis**, a emissão da ordem provisória não é urgente nem necessária, decidindo imediatamente pelo indeferimento da *vorläufiger rechtsschutz*.

- Por outro lado e na mesma medida, se as perspectivas de sucesso da ação de fiscalização abstrata do regulamento são manifestamente **óbvias e evidentes**, o OVG deverá conceder a *ordem provisória*.

- No entanto, se as perspectivas de sucesso da *Normenkontrollverfahren* não puderem ser concretamente apreciadas, a decisão da ordem provisória deverá acolher uma ponderação das consequências: i) o OVG aprecia as consequências que poderão ocorrer se a ordem provisória não for emitida, mas o pedido de revisão do regulamento (o pedido de fiscalização abstrata do regulamento) tiver êxito, com ii) as desvantagens se a ordem provisória for emitida, mas o pedido da ação principal não tiver êxito¹⁷⁷.

No fundo: se o OVG verificar que a *ordem provisória* - veja-se a suspensão da norma - conduzir a consequências não razoáveis para terceiros ou para o público em geral - por exemplo, por causar confusão ou incerteza jurídica-, estas consequências devem ser ponderadas contra as “*sérias desvantagens*” que o requerente poderá sofrer devido à possível exequibilidade do regulamento até à decisão da ação principal.

Logo, se as desvantagens ameaçadas a terceiros ou ao público em geral, em caso da não exequibilidade do regulamento, “compensarem” as desvantagens da exequibilidade do regulamento que ameaça o requerente porque não está em causa um “*dano irreparável*”, a *einstweilige Anordnung* não deverá ser emitida, uma vez que não estarão, neste caso hipotético, preenchidos os pressupostos exigidos pela disposição do §47.6¹⁷⁸.

De acordo com a maioria da doutrina administrativista e da jurisprudência, a omissão do regime do preceito §47.6 conduz à aplicação análoga do §123 para ultrapassar as lacunas da tutela cautelar principal e abstrata do regulamento.

Mas apesar de não haver uma unanimidade na consideração do regime complementar ao §47.6 (com o §123), cumpre evidenciar, no entanto, que tanto a doutrina, como a jurisprudência do

¹⁷⁷ Seguindo a posição da jurisprudência, *vide* KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47, n. m. 168, pp. 632 e 633 e FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., p. 533.

¹⁷⁸ Para mais desenvolvimentos sobre o “exame” das condições de procedência da tutela cautelar abstrata quer na consideração exclusiva da teoria das consequências, de acordo com a jurisprudência do tribunal constitucional federal, quer da aproximação da jurisprudência ao regime §123, da *VwGO*, *vide* FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz* ..., cit., pp. 207 e ss.

contencioso administrativo alemão, sempre desconsideraram a analogia ao regime §80, da *VwGO* e, por sua vez, à produção do efeito suspensivo automático.

Posição assumida pela estrutura processual preceituada no disposto do §47.6: preceito que determina que a *ordem provisória* só possa ser emitida mediante requerimento ao OVG e, portanto, ao contrário do regime §80, o legislador não consagra o efeito suspensivo automático na mera apresentação da propositura da ação principal.

Facto particularmente relevante, não só porque, se compararmos com o quadro de direito português, há uma nítida discrepância no tratamento da tutela cautelar do regulamento administrativo mas, também, porque a analogia ao §123, ao contrário do §80, determina que **o juiz cautelar goza de um poder discricionário no “como” da ordem** – de acordo com o fim – e já não, como aliás decorre do regime da tutela cautelar do ato administrativo, no “se” da medida cautelar¹⁷⁹.

Mas, pese embora a atribuição do poder de discricionariedade ao juiz cautelar na determinação da *ordem provisória*, importa referir que, tal como o regime §123, este poder de discricionariedade não é absoluto. Tanto porque não são atribuídos mais poderes ao juiz cautelar do que ao juiz da ação principal, como também porque na determinação da concreta medida a adotar, o juiz cautelar deverá considerar, fundamentadamente, os princípios da proporcionalidade e da menor interferência possível.

Logo, nesta lógica, tendo presente que a ação principal, sendo favorável às pretensões do requerente/ demandante, visa a declaração da ilegalidade da norma, não poderá o requerente obter, na *ordem provisória*, mais poderes do que a mera conservação do seu *status quo*, ou seja, não terá poderes para intimar a administração à correção da norma¹⁸⁰.

Por outras palavras: a alteração da norma regulamentar para uma disposição mais favorável ao requerente, enquanto ordem provisória do §47.6, *ultrapassa* os limites dos poderes da discricionariedade do juiz cautelar. Isto porque, no âmbito da ação principal, o requerente/demandante não obterá a condenação à emissão de normas como resultado da decisão final da causa.

A ordem provisória que altere o *status quo* só será admissível no âmbito da tutela cautelar do §123, da *VwGO*, quando os efeitos a assegurar visam a ação *Normerlassklage*.

Mas não é por isso que o poder do juiz cautelar é “*inflexível*”.

¹⁷⁹ Nesse sentido, *vide* KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47, ns. ms. 169 e 170, p. 633.

¹⁸⁰ Para mais desenvolvimentos sobre o tema, *vide* KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47, ns. ms. 150 a 156, pp. 627 a 629; FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz ...*, cit., p. 217; FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht ...*, cit., p.534.

Os princípios da proporcionalidade e da menor interferência, conferem ao juiz cautelar alguma “*maleabilidade*” na determinação da concreta medida cautelar da tutela principal e abstrata.

Alguns exemplos: a suspensão parcial da eficácia da norma, tanto na sua vigência como na limitação dos efeitos abstratos, ou seja, tanto a suspensão da eficácia parcial da norma objeto de litígio, como a própria suspensão da eficácia ao caso concreto¹⁸¹. Ou poderá o juiz cautelar emitir ordem provisória que evite desvantagens através de outras medidas, mormente a imposição de condições para a sua aplicabilidade¹⁸².

A analogia ao §123 também determina o *modus procedendi* do regime da tutela cautelar abstrata, bem como a decisão, excepcional, da antecipação da causa.

O sistema das *vorläufiger Rechtsschutz* é configurado pela técnica da provisoriedade: a *ordem* emitida no processo acessório é limitada no tempo, podendo vigorar, no máximo, até à decisão final da causa. No entanto, se o requerente demonstrar a urgência na decisão final - quando a provisoriedade não se mostra suficiente à tutela jurisdicional efetiva - o juiz cautelar poderá, excepcionalmente, antecipar a decisão da ação principal ainda no processo acessório, através da convação dos processos. Portanto, mais uma vez, o regime da tutela cautelar abstrata segue, aqui, o regime-regra¹⁸³.

Cumprir evidenciar, tal como o regime-regra, o regime do §47.6 também visa a emissão de uma *ordem provisória* através da *Beschluss*, que deverá ser sempre fundamentada.

Ainda, tal como demos nota no ponto anterior, também no âmbito do processo cautelar da tutela abstrata, a decisão poderá ser tomada com ou sem audiência, o que não significa que haja uma violação ao direito ao contraditório. O juiz cautelar, vinculado ao princípio do inquisitório, mantém um diálogo jurídico entre as partes, sejam o requerente/requerido, os terceiros e, se entender participar, o representante público¹⁸⁴.

¹⁸¹ Ora, aqui, particularmente relevante tem-se mostrado a posição defendida por SCHENKE, pese embora ainda promover discussão dentro da doutrina. Defende o autor que se a tutela cautelar individual do regulamento é possível no âmbito do §123, não deverá, por esse mesmo motivo, ser excluída uma *ordem provisória* no âmbito do §47.6, com efeitos *inter partes*. O autor considera que excluir a tutela cautelar individual da esfera do §47.6, poderá colocar em causa a tutela jurisdicional efetiva do requerente, na medida em que, para além das condições de procedência da providência serem extremamente rigorosas por exigirem a demonstração de uma “urgência necessária”, também deverá ser tido em conta o princípio da proporcionalidade e se a tutela cautelar do requerente se revelar suficiente e não colocar em causa a certeza e segurança jurídicas, não há razão para que o conteúdo da ordem, também aqui, não produza efeitos circunscritos ao caso. Para tanto, *vide* KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47, n. m. 155, p. 628. Ainda, WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht...*, cit. No mesmo sentido, *vide* FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz ...*, cit., p. 216.

¹⁸² Cfr. KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47, n. m. 169 e 170, pp. 633; FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht, ...*, cit., p. 534.

¹⁸³ Cfr. KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47, n. m. 171, pp. 633 e 634; FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht, ...*, cit., p. 533.

¹⁸⁴ Sobre o procedimento, *vide* FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz ...*, cit.; KOPP/ SCHENKE, *vide* KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47.6; FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz ...*, cit.

Ainda, dizer que ao contrário do regime §123, a doutrina tem defendido que a decisão do §47.6 é irreversível. Todavia, mediante requerimento ou *ex officio*, caso haja alteração de circunstâncias, o tribunal poderá alterar a decisão proferida no âmbito da tutela cautelar abstrata, por analogia ao §80.7, tal como sucede no regime-regra do §123.

A decisão da *ordem provisória* com força obrigatória geral deverá, por analogia ao §47.5, ser publicada em jornal oficial e ganha força executiva, nos termos do §168.2. No entanto, não produz efeitos retroativos, logo, quanto ao ato administrativo já emitido, a *ordem provisória* não se repercutirá na sua eficácia, apenas se o particular propor ação de impugnação do ato administrativo, através do regime §80 ou §80-a.

Por fim, se o tribunal conceder *ordem provisória* de suspensão da norma regulamentar e a entidade administrativa, em total incumprimento, executar a norma, a parte cujos efeitos são afetados pela sua exequibilidade, poderá requerer tutela cautelar individual, nos termos do §§ 80 e 123.

§2. Perspetiva Espanhola

§2.1. Apresentação do sistema das *Medidas Cautelares no contencioso-administrativo Espanhol*

Todo o percurso evolutivo das *medidas cautelares* no ordenamento jurídico espanhol - desde a LJCA de 1956 à LJCA de 1998 - mereceu uma épica narração de autêntica *batalha* pela tutela jurisdicional efetiva¹⁸⁵.

Hoje, volvidos vinte e três anos da consagração da LJCA 1998, o regime cautelar não configura significativas transformações. Todavia, cumpre notar, esta autêntica *batalha* foi, de facto, revolucionária.

Durante décadas, nos termos do art. 122.º, n.º 2, as *medidas cautelares* preceituadas na LCJA cingiam-se à mera suspensão do ato administrativo na produção de danos ou prejuízos de reparação

¹⁸⁵ Expressão de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, in: *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitário europeo y proceso contencioso-administrativo español*, CIVITAS, 1.ª Ed., Madrid 1992. Na doutrina portuguesa, ISABEL CELESTE M. FONSECA com referência a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, faz uso da expressão na apresentação do percurso evolutivo do regime cautelar espanhol, para onde remetemos todas as nossas considerações iniciais, *vd* ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático ...*, cit., pp. 275 e ss.

impossível ou difícil, o que o legislador ordinário alterou profundamente em 1998, consagrando, pela primeira vez, um regime cautelar *numerus apertus*, nos termos do art. 129.º, n.º 1¹⁸⁶.

O legislador constituinte consagrou, nos termos do art. 24.º, da CE, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Direito que o legislador ordinário está vinculado, bem como ao preceito do art. 106.º, da CE - e, respetivamente, o dever constitucional do controlo judicial da atividade administrativa, aproximando a posição da administração pública ao administrado - na configuração de processos cautelares: processos *incidentais* (art. 137.º, da LJCA), sumários, instrumentais e provisórios que asseguram a efetividade dos efeitos da sentença do processo principal.

Posto isto, na LJCA de 1998 o legislador ordinário, dando cumprimento às exigências constitucionais, configurou um regime cautelar comum (= *regulación común*), previsto nos artigos 129.º a 134.º e dois processos especiais: i) nos termos do preceito do art. 135.º, uma medida de especial urgência, caracterizada como “*provisionalíssima*” ou “*cautelaríssima*”; e, ii) nos termos do art. 136.º, o legislador ordinário consagrou um regime próprio para as situações de *inactividad de la administración*, seja a omissão da prática prevista numa *disposición general* que não dependa de ato administrativo para vigorar, ou de *ato administrativo, contrato ou acordo* (cfr. art. 29.º por remissão do 136.º).

Assim, quanto ao regime comum, o preceito do art. 129.º, n.º 1, da LJCA, possibilita ao interessado, em qualquer estado do processo, solicitar medida cautelar que assegure a efetividade da decisão final, consagrando, assim, uma “*elasticidade quase excessiva*”¹⁸⁷ de medidas “*innominadas*”, com toda a *extensão e profundida* que as partes determinarem.

Soma-se o preceito do art. 131.º que consagra que após a receção do requerimento cautelar, a audiência da parte contrária não deverá exceder o prazo de 10 dias, sendo o *auto* decidido nos 5 dias seguintes. Inicia-se, assim, o processo incidental - meramente acessório ao processo principal – numa *peça separada* (cfr. art. 137.º).

O disposto no art. 21.º, n.º 1, da al. b), da LJCA, preceito que se estende ao âmbito cautelar, determina a possibilidade dos terceiros se constituírem enquanto «*parte demandada*». Terceiros que são todas as pessoas e entidades cujos direitos ou interesses possam ser afetados pelo provimento da pretensão processual do demandante (cfr. art. 21.º, n.º 1, al. b), da LJCA)¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Bibliografia consultada para o desenvolvimento do tema, vide ANABELÉN CASARES MARCOS, «*Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo*», in: 20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo: Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo : Murcia, 8-9 de febrero de 2019 / coord. por Fernando López Ramón, Julián Valero Torrijos, 2019; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, 6.ª Ed., CIVITAS, 1999; JOSÉ LUIS GUIL IBÁÑEZ, Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo: una visión práctica, COLEX, n.º 49, 2001. Na doutrina portuguesa, ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático ...*, cit.

¹⁸⁷ Expressão de ANABELÉN CASARES MARCOS, «*Eficacia de las medidas cautelares ...*», cit.

¹⁸⁸ Assim, tal como evidencia ANABELÉN CASARES MARCOS, o preceito do art. 131.º ao definir *expressis verbis* o curto período de 10 dias, promove uma difícil tarefa ao intérprete e à *praxis* no seu *íntegro* cumprimento. Na verdade, seguindo a exposição da autora, o requerido (la Administración demandada) deverá notificar os terceiros interessados no prazo de 5 dias e, estes, passam a beneficiar de um prazo de 9 dias para se apresentarem ao processo enquanto

Já nos termos do art. 133.º, o legislador ordinário configurou dois pressupostos de decretamento (= *presupuestos de la tutela cautelar*)¹⁸⁹:

- o *periculum in mora*, enquanto critério positivo, pressuposto fundamental na lógica do sistema cautelar e;

- o critério da ponderação dos interesses em presença, «*ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada*» (sic. 130.º, n.º 2, da LJCA).

No entanto, não consta da literalidade do preceito qualquer referência ao critério do *fumus boni iuris*, tanto enquanto critério positivo -*boni* –, como negativo – *malus*. Para além do mais, o Tribunal Supremo já mostrou, por diversas vezes, algumas reticências sobre a sua *praxis*. Assim,

De acordo com o *ATS de 2 de novembro de 2016 (recurso 467/2016)* e *ATS de 26 de setembro de 2018 (recurso 279/2018)* a apreciação da aparência do bom direito está inteiramente relacionada com o exame da questão de fundo, determinando, conseqüentemente, uma apreciação antecipada da decisão do mérito, o que estará vedado ao processo incidental¹⁹⁰. Esta posição maioritária da jurisprudência não tem impedido, grande parte da doutrina, na consideração do critério enquanto apreciação *prima facie* das perspetivas “mínimas” do sucesso da ação principal, isto é, em causa estará uma aparência meramente sumária, e não, como defende a jurisprudência, a apreciação da questão de fundo.

Ora, a verdade é que apesar do entusiasmo da jurisprudência com a teoria da aplicabilidade deste critério - particularmente sentida no início da década de 90¹⁹¹ -, a ausência de uma posição do legislador foi enfraquecendo o pressuposto e, atualmente, a jurisprudência que o tem considerado, visa sobretudo a manifesta ou evidente ilegalidade, apreciação que aliás está limitada ao ato administrativo e à disposição de caráter geral¹⁹².

“demandados”, o que ultrapassa obviamente o prazo de 10 dias configurado pelo legislador. Neste sentido, vide ANABELÉN CASARES MARCOS, «*Eficacia de las medidas cautelares*...», cit., p. 385.

¹⁸⁹ Em referência à posição defendida por ANABELÉN CASARES MARCOS, in: ANABELÉN CASARES MARCOS, «*Eficacia de las medidas cautelares*...», pp. 368 e ss.

¹⁹⁰ Cfr. ATS de marzo de 2019, rec. 47/2019, in: FRANCISCO J. NOGALES ROMEO/ CARLOS ROMERO REY, *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: comentarios, concordancias, jurisprudencia, e índice analítico*, COLEX, 11.ª Ed., 2019-2020, *comentario/jurisprudencia* em anotação ao art. 130.º, pp. 504 e 505.

¹⁹¹ Particularmente relevante, neste contexto, é a decisão do Auto da Sala 3.ª, Secção 3.ª, do Tribunal Supremo, de 10 de julho de 1991, pela primeira vez, o TS apreciou a tutela cautelar do *recurso directo* através do critério do *fumus boni iuris*, admitindo uma interpretação extensiva ao art. 122.º, da LJCA 1956. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA descreveu esta decisão como um autêntico *marco* na história do contencioso administrativo espanhol. Para mais desenvolvimentos, vide EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, «*La aplicación de la «aparición de buen derecho» como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*», in: *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, CIVITAS, 1.ª Ed., Madrid 1992, pp. 235 e ss.

¹⁹² Para mais desenvolvimentos sobre o atual ponto de ordem da aplicabilidade do *fumus boni iuris*, vide ANABELÉN CASARES MARCOS, «*Eficacia de las medidas cautelares*...», pp. 377 e ss.

Há, contudo, situações excecionais na adoção de medidas cautelares que exigem uma especial urgência. Quando, para tanto, o *modus procedendi* da *regulación común* não se mostra suficiente a acautelar o *periculum in mora* do requerente.

Posto isto, o legislador consagrou nos termos do art. 135.º uma medida “*provisoriísima*” ou “*cautelarísima*” à salvaguarda das pretensões do art. 129.º, mormente pelos efeitos que a efetividade imediata do *acto* ou da *disposición general* poderá provocar na esfera do interessado. Veja-se que, no ordenamento jurídico espanhol, **não vigora, em qualquer caso, o efeito suspensivo automático.**

Assim, prevê o legislador ordinário que poderá o tribunal adotar medida cautelar, mediante *Auto*, no prazo de dois dias, sem ouvir a parte contrária. Este é o típico caso processual onde a *técnica da sumariedade*, particularmente, a *técnica de sumariedade de cognição* atinge um elevado grau de intensidade. O legislador ordinário permite o decretamento da medida provisória sem ouvir a parte contrária, sacrificando o princípio do contraditório.

O Tribunal Supremo, na decisão de 9 de julho de 2018 (recurso 301/2018) defendeu que as circunstâncias de especial urgência poderão remeter-se ao necessário impedimento da execução do ato administrativo, requisito conjugado com a impossibilidade de reverter os efeitos da exequibilidade do mesmo¹⁹³. O *Auto* deverá fundamentar-se nas exigências do art. 130.º que prevê os *presupuestos de la tutela cautelar* (*i. e.*, «*apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130*», sic. art. 135.º, n.º1, al. a), da LJCA).

Por fim, quanto à medida cautelar excecional do sistema uniforme do ordenamento jurídico espanhol, o regime da *inactividad de la Administración*, previsto no art. 136.º, da LJCA, regime especial visa a alteração do *status quo*, evitando, assim, as consequências que resultam da *inoperatividade* do exercício da atividade administrativa.

Prevê o legislador no art. 136.º, n.º 1 que: «*nos casos dos artigos 29 e 30, a medida cautelar será concedida, salvo se for evidente que as situações previstas nesses artigos não existem ou que a medida causaria uma perturbação grave aos interesses gerais ou de terceiros, que o juiz deve ponderar de forma circunstanciada*»¹⁹⁴.

¹⁹³ Com referência aos comentários jurisprudenciais na anotação ao art. 135.º, da LJCA, in: FRANCISCO J. NOGALES ROMERO/ CARLOS ROMERO REY, *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*: ..., pp. 514 a 516.

¹⁹⁴ Tradução livre da autora. O legislador ordinário da *Ley 29/1998*, de *13 de julio*, no artigo 136.º, estabeleceu o seguinte preceito:

«1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.
2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes, el Secretario judicial convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

No entanto, o legislador parece afastar a tutela abstrata do preceito do art. 29.º e se o faz na ação principal, não se poderá repercutir no processo cautelar. Vejamos.

O preceito do art. 29.º estabelece que: « *quando a Administración, em virtude de uma disposição geral que não exige atos administrativo para produzir efeitos ou em virtude de um ato administrativo, contrato ou acordo, está obrigada a cumprir uma disposición específica a favor de uma ou mais pessoas específicas, aqueles que a ela têm direito podem reclamar da Administración o cumprimento dessa obrigação. Se, no prazo de três meses a contar da data da reclamación, a Administración não tiver dado seguimento ao pedido ou não tiver chegado a acordo com as partes interesadas, estas últimas podem apresentar um recurso no contencioso administrativo contra a inactividad da Administración*»¹⁹⁵.

Este é um tema controverso.

Para GÓMEZ PUENTE, pese embora o legislador pareça afastar da *inactividad* os fundamentos de omissão de obrigações de *facere* de proteção geral, de interesses coletivos ou difusos, tal solução seria um “passo atrás” às conquistas da tutela jurisdicional efetiva. Para o autor, a expressão «*prestación*» deverá ser interpretada num sentido amplo, como obrigação de *dare* ou *facere*¹⁹⁶.

A tutela cautelar da norma está configurada no regime da *regulación común*, tanto a título *directo* como a título *indirecto*.

Na verdade, tal como nos regimes anteriores (português e alemão), no contexto do ordenamento jurídico espanhol, os efeitos da tutela da *disposición general* poderá cingir-se quer ao efeito *inter partes*, quer ao efeito *erga omnes*. E, também, aqui, os efeitos e o respetivo regime serão determinados pelo objeto de litígio. Se o objeto de litígio limitar-se à própria *disposición general*, toma a designação de «*recurso directo*»; por outro lado, se o objeto de litígio se remeter ao ato administrativo que aplica a *disposición general*, segue os termos do art. 26.º, da LJCA, e toma a designação de «*recurso indirecto*».

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.» Disponível: <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/13/29/con>.

¹⁹⁵ Tradução livre da autora. O legislador ordinário da *Ley 29/1998*, de 13 de julio, no artigo 29.º, estabeleceu o seguinte preceito: « *Quando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración*».

¹⁹⁶ Com referência a GÓMEZ PUENTE, vide FRANCISCO JAVIER GARCIA GIL, *La medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos y disposiciones en el proceso administrativo*, La Ley, 2010, p. 40.

§2.2. Brevíssimas notas à ação principal dos regimes que versam sobre regulamentos administrativos: o *recurso directo e indirecto* das *disposiciones de carácter general* e a *inactividad reglamentaria*

Das quatro modalidades que o contencioso administrativo espanhol consagra na LJCA¹⁹⁷, os regulamentos administrativos merecem um tratamento especial tanto na ação de impugnação, - que de maneira direta ou indireta, versa sobre a legalidade das *disposiciones generales* -, como, também, na reação à *inactividad* da entidade administrativa à omissão da prática de atos regulamentares (este último desenvolvido pela jurisprudência).

Tal como referimos no ponto anterior, a Constituição Espanhola vincula o legislador ordinário ao cumprimento do princípio da tutela jurisdicional efetiva, nos termos do art. 24.º, da CE, mas também ao controlo da legalidade da administração pública, mormente, na fiscalização judicial dos regulamentos administrativos, nos termos do art. 106.º, da CE.

Assim, a fiscalização do poder regulamentar tanto poderá ser configurada enquanto tutela direta e abstrata, como, também, enquanto tutela indireta e concreta da validade do regulamento - através do ato administrativo que lhe dá exequibilidade -, produzindo, assim, efeitos *erga omnes* e *inter partes*, respetivamente.

A fiscalização judicial dos regulamentos foi configurada pelo legislador ordinário nos termos do art. 25.º e 26.º, da LJCA.

Posto isto, quanto ao *recurso directo*, importa referir, o objeto de litígio é a norma regulamentar – geral e abstrata – e o pedido deve fundamentar-se na própria invalidade da norma, quer através da alegação de vícios «*jurídico-sustantivos*» - que afetam o próprio conteúdo da norma¹⁹⁸-, quer através da alegação de vícios «*jurídico-formales*» - relacionados com a aparência externa da norma¹⁹⁹.

Por seu turno, o objeto de litígio do *recurso indirecto* não é propriamente a norma regulamentar, mas, antes, o ato administrativo assente na invalidade do regulamento. Os seus fundamentos versam, sobretudo, a alegação de vícios «*jurídico-sustantivos*», isto porque considera-se que o *recurso indirecto*

¹⁹⁷ O legislador ordinário, na *exposición de motivos* da LJCA, determina a existência de quatro vias de *recursos*. « *por razón de su objeto se establecen cuatro modalidades de recurso: el tradicional dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos; el que, de manera directa o indirecta, versa sobre la legalidad de alguna disposición general, que precisa de algunas reglas especiales; el recurso contra la inactividad de la Administración y el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho*» (o sublinhado é nosso), configurando a sua admissibilidade no preceito do art. 25.º, da LJCA. Para tanto, *vide* *Exposición de motivos*, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Disponível: <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/13/29/con>.

¹⁹⁸ Para uma breve e sistemática exposição aos limites do controlo judicial dos regulamentos, *vide* RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO, «*Impugnación de ordenanzas y reglamentos municipales en la jurisprudencia de 2006*», in: *Anuario del Gobierno Local 2006*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Públic, pp. 256-296. Disponível em pdf: <https://repositorio.gobiernolocal.es/>.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

não permite a apreciação abstrata da legalidade do regulamento, estando o tribunal impedido de apreciar as *razones formales*, salvo a manifesta incompetência ou a manifesta omissão do procedimento regulamentar²⁰⁰.

No entanto, importa evidenciar, os pedidos de *recurso directo* e de *recurso indirecto* poderão ser apresentados cumulativamente. A propositura do *recurso directo* de determinado plano urbanístico não exclui a possibilidade do demandante cumular a impugnação dos atos administrativos que lhe dão exequibilidade²⁰¹. Para além do mais, nos termos do art. 26.º, n.º 2, o facto de uma ação de impugnação da *disposición general* não ter tido provimento, ou a falta de ação que aprecie a legalidade abstrata da norma, não exclui a possibilidade da apreciação do ato administrativo que a aplica.

Sucintamente, seguindo os preceitos do art. 47.º, n.º 2, da *Ley 39/2015, de 1 de octubre* e art. 9.º, n.º 3, da CE, as *disposiciones administrativas* são nulas quando violam os princípios da legalidade, da hierarquia das normas ou da não retroatividade das disposições “sancionatórias”.

Soma-se, ainda, o preceito do art. 72.º, n.º 2, da LJCA, que determina que a declaração de nulidade da *disposición general* produzirá efeitos *erga omnes*, desde que seja publicada no jornal oficial que promoveu a sua entrada em vigor.

Por fim, a decisão do *recurso directo* produz, regra geral, efeitos *ex tunc* – com as limitações do preceito do art. 73.º, da LJCA - já a decisão do *recurso indirecto* visa produzir efeitos *ex nunc*²⁰².

Quanto à reação à *inactividad da Administración*, prevista no art. 25.º, n.º 2 e configurada nos termos dos artigos 29.º e 30.º, da LJCA, cumpre notar que o preceito do art. 29.º pressupõe a exigência de uma obrigação concreta à Administração Pública em função de várias pessoas determináveis, esteja essa obrigação prevista numa *disposición general* (que não dependa de ato administrativo para se produzir), mas também a omissão da prática de ato administrativo ou contrato.

Neste sentido, em bom rigor, o preceito do art. 29.º desconsidera da sua literalidade a *inactividad reglamentaria*, o que promove alguma controvérsia no ordenamento jurídico espanhol²⁰³. No entanto, uma

²⁰⁰ No mesmo sentido, MARÍA DEL PILAR TESO GAMELLA, «*La impugnación de los reglamentos: los efectos de la declaración de nulidad*», Revista de Administración Pública, 210, 69-90. Disponível em pdf: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.03>. E, vide STS de 5 de octubre de 2015, rec. 513/2014, in: FRANCISCO J. NOGALES ROMEO/ CARLOS ROMERO REY, *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: ...*, comentário ao art. 26.º, p. 141. Em sentido divergente, JUAN J. GUARDIA HERNÁNDEZ defende que o *recurso indirecto* exige, em determinados casos, particularmente em matéria de direito do urbanismo, a apreciação de fundamentos *jurídico-formales*. Sobre o tema, vid JUAN J. GUARDIA HERNÁNDEZ, «*Una propuesta de reforma del recurso indirecto contra disposiciones generales*», in: 20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo: Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo : Murcia, 8-9 de febrero de 2019 / coord. por Fernando López Ramón, Julián Valero Torrijos, 2019.

²⁰¹ Nesse sentido, MARÍA DEL PILAR TESO GAMELLA evidencia que «*La interposición de ambos recursos puede hacerse de forma simultánea o sucesivamente. Procesalmente no se estorban ni bloquean.*», sic. MARÍA DEL PILAR TESO GAMELLA, «*La impugnación de los reglamentos ...*», cit., p. 77.

²⁰² Para mais desenvolvimentos sobre os efeitos da ação de impugnação que versa sobre a legalidade das *disposiciones generales*, vide MARÍA DEL PILAR TESO GAMELLA, «*La impugnación de los reglamentos ...*», cit.

²⁰³ Para mais desenvolvimentos, vide TOMÁS FONT I LLOVET/ ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ / FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN / JOAQUÍN TORNOS MAS, «*Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa*», Revista de Administración Pública, n.º 209, 2019, pp. 259 a 278. Disponível: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.08>.

corrente jurisprudencial do TS tem apresentado uma posição reiteradamente afirmativa no sentido da competência da jurisdição administrativa na apreciação destas matérias.

Assim, a jurisprudência do Tribunal Supremo admite o controlo da omissão normativa de regulamentos (= *inactividad formal normativa* ou *inactividad reglamentaria*), nos termos do regime do art. 29.º, da LJCA. Posição, aliás, assumida desde a década de 90, na *sentencia de 14 de diciembre de 1998*²⁰⁴.

Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal Supremo tem considerado a expressão “*prestación concreta*” do preceito²⁰⁵, admitindo uma interpretação extensiva às obrigações materiais e jurídicas, incluindo neste conceito, os pressupostos da *inactividade reglamentaria* devida²⁰⁶.

Posto isto, o TS considera a necessidade de tutelar a omissão regulamentar se, para tanto, as circunstâncias do caso preenchem uma de duas situações:

- i) de omissão de um regulamento expressamente previsto na lei; ou,
- ii) quando tal omissão ou silêncio regulamentar implica uma situação fáctico-jurídica contrária à Constituição ou ao ordenamento jurídico.

Apesar da jurisprudência parecer favorável à integração da *inactividade reglamentaria* enquanto legítima pretensão do contencioso administrativo, aliás, como evidencia GÓMEZ PUENTE, só assim o interprete e a *praxis* cumprem o princípio da tutela jurisdicional efetiva²⁰⁷. A verdade é que, no âmbito cautelar, não há desenvoltura jurisprudencial nem doutrinal para convictas afirmações.

Mas, veja-se que o preceito do art. 71.º, n.º 2, da LJCA, estabelece que os órgãos jurisdicionais não podem determinar a forma em que os preceitos da nova disposição devem ser redigidos para substituir os que anulam, nem podem determinar o conteúdo discricionário dos atos anulados²⁰⁸. A *sentencia* só poderá determinar o “*se*” e, não, o “*quando*” (e muito menos o “*como*”) da *disposición*²⁰⁹.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ O legislador ordinário da *Ley 29/1998*, de *13 de julio*, no artigo 25.º, estabeleceu o seguinte preceito:

«1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.» Disponível: <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/13/29/con>.

²⁰⁶ Com referência à STS de 20 de junio de 2005, rec. 3000/2003 e à STS de 5 de abril de 2018, rec. 4267/2016, vide in: FRANCISCO J. NOGALES ROMEO/ CARLOS ROMERO REY, *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*: ..., comentário ao art. 29.º, p. 146.

²⁰⁷ Cfr. FRANCISCO JAVIER GARCIA GIL, *La medida cautelar de suspensión* ..., cit., p. 40.

²⁰⁸ O legislador ordinário da *Ley 29/1998*, de *13 de julio*, no artigo 71.º, n.º2, estabeleceu o seguinte preceito: «Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

²⁰⁹ Para todas as considerações à matéria da *inactividad reglamentaria*, vide STS de 05 de abril de 2018 (rec. 1519/2018). Disponível: <https://www.poderjudicial.es/>.

A contrario, o TS vem assumindo uma posição que se desvia ligeiramente deste preceito²¹⁰. Os obstáculos da natureza do meio processual, enquanto meio meramente “revisor” das leis superiores, não impediram esta corrente jurisprudencial de admitir que no controlo judicial da inatividade ou omissão regulamentar não será possível rejeitar uma eventual “distorção da função jurisdicional” (= «*desnaturalizar la función jurisdiccional*»), admitindo a possibilidade de decidir sobre um determinado conteúdo da nova *disposición*.

Para o TS, em qualquer caso, a pronúncia dos tribunais dependerá sempre da existência de uma *obligación* ou de um *dever legal* de “restringir” uma disposição regulamentar a um determinado sentido²¹¹.

Por outras palavras: tem esta jurisprudência considerado que o tribunal poderá condenar a Administração à emissão de *disposiciones generales* e, ainda, a poder pronunciar-se sobre a disposição ter um *certo conteúdo*, de modo a garantir que a existência da obrigação ou do dever legal, cumpra um sentido específico estabelecido e declarado como eficaz²¹².

Posição também assumida no âmbito da impugnação judicial das *disposiciones generales*.

Segundo a jurisprudência, no âmbito da ação de impugnação da *disposición general* o tribunal poderá estabelecer “*requisitos mínimos*” para que a nova disposição não seja declarada ilegal. Nesta matéria, a jurisprudência relativa aos instrumentos de planeamento urbanístico tornou-se manifestamente relevante, porque não só declara a ilegalidade do instrumento, como, também, pronuncia-se (sempre de acordo com o caso concreto) quanto à modificação de algumas «*determinaciones urbanísticas*»²¹³.

Todavia, MERCEDES FUERTES defende que a pronúncia do Tribunal não deverá, em concreto, ultrapassar a fronteira do “*como*” da redação da nova disposição²¹⁴.

Cumpra saber se no âmbito da tutela cautelar, esta discricionariedade da adoção da *medida* também poderá ser sentida.

²¹⁰ Vejam-se as decisões seguintes: *sentencia* 1519/2018, com referência às *sentencias* de 19 de fevereiro de 2008 (recurso 95/2007), de 19 de novembro de 2008 (rec. 55/2007), de 3 de março de 2010 (rec. 4/2008), de 3 de maio de 2012 (rec. 29/2008), de 5 de dezembro de 2013 (rec. 758/2012).

²¹¹ Expressão exata do TS, « (...) .*En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (Cfr. SSTS 8 de mayo de 1985, 21 y 25 de febrero y 10 de mayo de 1994), y no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o que ésta tenga un determinado contenido, porque el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter en un determinado sentido*», sic STS de 05 de abril de 2018 (rec. 1519/2018). Disponível: <https://www.poderjudicial.es/>.

²¹² Expressão exata do TS, « *De esta doctrina jurisprudencial conviene resaltar las siguientes consideraciones, de interés a efectos de la resolución del presente litigio: 3ª) que puede resultar viable una pretensión de condena a la Administración a que elabore y promulgue una disposición reglamentaria, e incluso a que ésta tenga un determinado contenido, en la medida que se constate y declare la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar la norma reglamentaria en ese determinado sentido*», sic. STS de 05 de abril de 2018 (rec. 1519/2018) com referência à STS de 14 de dezembro de 2012.

²¹³ Nesse sentido MERCEDES FUERTES com referência a J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993; J. PONCE SOLÉ, *Discrecionalidad urbanística e autonomía municipal*, Civitas, Madrid, 1996, p. 252 e ss; e, E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa e planemaneto urbanístico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 403 e ss, vide MERCEDES FUERTES «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», Revista de Administración Pública, n.º 157, enero-abril, 2002,, nota de rodapé 19, p. 63.

²¹⁴ Posição assumida por MERCEDES FUERTES, in: MERCEDES FUERTES «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», ..., cit., p. 63.

§2.3. A tutela cautelar da norma regulamentar: a tutela cautelar “*directa*” e “*indirecta*”

Na senda do ponto anterior, a impugnação da *disposición general* por duas vias - tanto através do *recurso directo*, como através do *recurso indirecto* - é também configurada no âmbito cautelar. Assim, apesar das dúvidas que se possam colocar, a tutela cautelar do *recurso directo* versará sobre a *disposición general* e a tutela cautelar do *recurso indirecto* encontrará sempre «*amparo*» sobre o ato administrativo, cumprindo o esquema da ação principal²¹⁵.

Dissemos em momento anterior que a perspetiva espanhola é caracterizada pela configuração de uma *regulación comum* (= «*homogeneidade*»²¹⁶), composta quer por pretensões inominadas, quer de tutela ao ato administrativo ou à *disposición geral*, sendo a exceção deste sistema cautelar uniforme, a *inactividad administrativa*.

Neste sentido, a tutela cautelar do *recurso directo* e a tutela cautelar do *recurso indirecto*, estando incluídas no mesmo sistema, merecerão igual tratamento. No entanto, a tutela cautelar do *recurso directo* configura alguns desvios à *regulación comum*, desvios que se fundamentam na complexidade do seu objeto e nos efeitos da sua decisão.

Antes, importa salientar, o requerimento da tutela cautelar do ato administrativo e da tutela cautelar da *disposición general*, não configura um tratamento de paralisação automática da exequibilidade dos seus efeitos. Tanto assim é que o próprio *Tribunal Constitucional*, na *sentencia de 23-12-2004*, já se pronunciou sobre o tema, referindo que:

«(...) a aceitação incondicional, sem qualquer matriz, da tese de que o pedido de suspensão num processo judicial implica automaticamente o esvaziamento absoluto da Administração para executar os seus próprios atos, implicaria, com toda a probabilidade, uma violação do princípio constitucional da eficácia (art. 103º CE) com grave prejuízo para o interesse geral, cuja satisfação exige não só que os direitos fundamentais dos indivíduos sejam respeitados, e mais especificamente, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 24 CE), mas também que a proteção desses direitos seja conciliada tanto quanto possível com a rapidez da ação administrativa de executar os seus próprios atos ou resoluções, enquanto estes gozam da

²¹⁵ Nesse sentido, MERCEDES FUERTES «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», ..., nota de rodapé 4, p. 58. Veja-se, ainda, na linha jurisprudencial, seguindo a mesma orientação, o ATS de 23 de março de 2015, rec. 952/2014, in: FRANCISCO J. NOGALES ROMEO/ CARLOS ROMERO REY, *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*: ..., comentário ao art. 129.º, p. 502.

²¹⁶ Para considerações iniciais ao tema, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático* ..., cit., pp. 275 e ss.

presunção legal de validade (art. 57 Lei 30/1992) e mantêm a sua aplicabilidade de acordo com as prescrições legais»²¹⁷.

Assim, não há sinal de um qualquer efeito suspensivo automático produzido com o mero impulso processual da tutela cautelar, posição reiterada das mais altas instâncias que defendem que a regra geral deverá ser sempre a vinculação ao princípio da exequibilidade imediata dos atos e das disposições gerais. Acrescenta o TC, mesmo que esta faculdade possa ser defendida como um privilégio de “autotutela” da Administração, só assim poderá ser cumprido e entendido o art. 103.º, da CE²¹⁸. Preceito que prevê, nos termos do seu n.º 1, que «*a Administración Pública serve com objectividade os interesses gerais e actua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, plenamente submetida à lei e ao Direito*»²¹⁹.

Mas, há, contudo, uma particularidade no momento da «*solicitud*» da *medida cautelar* que afeta diretamente a *disposición general*.

A regra-geral prevista no art. 129.º, n.º 1, estabelece que o interessado poderá requerer a *medida cautelar* em qualquer estado do processo principal. Já quando o objeto de litígio são as disposições gerais, o requerimento da tutela cautelar deverá ser apresentado com a petição inicial ou «*mediante demanda*» quando existam terceiros (segundo os termos do art. 45.º, n.º 5, da LJCA), exceção prevista no n.º 2, do art. 129.º²²⁰.

Este desvio da *regulación comum* visa, sobretudo, permitir que, no caso de provimento do processo incidental, a medida seja adotada o mais próximo possível da sua entrada em vigor e, desse modo, se evite a aplicação da *disposición geral* numa multiplicidade de atos singulares, posteriores e sucessivos. Consequentemente, são as razões da segurança jurídica, integridade do ordenamento jurídico e do princípio da igualdade na exequibilidade da disposição, que justificam esta excecional imposição do legislador²²¹.

Assim, se o processo principal se remeter à lógica do *recurso indirecto*, o interessado está vinculado às regras-gerais, uma vez que o objeto de litígio é, na verdade, o ato administrativo.

²¹⁷ Tradução livre da autora. Decisão de 23 de dezembro de 2004 do TC, citada por FRANCISCO JAVIER GARCIA GIL, *La medida cautelar de suspensión ...*, cit., p. 23.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Sic erat scriptum*, in: art. 103.º, n.º 1, da Constituição Espanhola, versão portuguesa, Junta de Castilla y León.

²²⁰ Cfr. ATS de 23 de março de 2015, rec. 952/2014-, in: FRANCISCO J. NOGALES ROMEO/ CARLOS ROMERO REY, *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: ...*, comentário ao art. 129.º, p. 502.

²²¹ Nesse sentido, MERCEDES FUERTES «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», ..., pp. 62 e ss. E, ainda, a decisão do TS de 23 de março de 2015, rec. 952/2014-, in: FRANCISCO J. NOGALES ROMEO/ CARLOS ROMERO REY, *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: ...*, comentário ao art. 129.º, p. 502.

Por seu turno, a *tutela cautelar direta* do regulamento, pressupõe um ligeiro desvio à regra-geral, seguindo os termos do n.º 2, do art. 129.º, evitando a reprodução massiva da exequibilidade do seu objeto, já que a *medida cautelar* visa a produção de *efectos erga omnes*.

Já quanto à apreciação dos *presupuestos de la tutela cautelar*, previstos no art. 130.º, importará considerar, em primeiro lugar, o requerente deverá demonstrar o *periculum* da exequibilidade do objeto de litígio, ou seja, a demonstração que sem a *medida cautelar*, o *recurso* perderá a sua finalidade, conforme preceito do art. 130.º, n.º 1.

A tutela cautelar que atinge tanto direta como indiretamente o regulamento, visa evitar a consolidação de novos factos-jurídicos que modifiquem a esfera do interessado.

Deste modo, é exigido ao requerente a demonstração de danos reais e efetivos mesmo que, por economia processual, se admita a mera ameaça da ocorrência desses danos (*certus an, incertus quandum*). Nesta senda, o tribunal poderá conceder a tutela cautelar do *recurso directo* mesmo que a *disposición* ainda se encontre em período de *vacatio legis*, isto é, pode tutelar a norma regulamentar que não se encontre em vigor mas sempre depois da sua publicação. Com o mesmo fundamento, o tribunal deverá desconsiderar as situações em que a *disposición general* já tenha consolidado os seus efeitos e, conseqüentemente, alterado a situação jurídica existente do requerente²²².

Ainda, a decisão cautelar deverá ser fundamentada de acordo com a «*prévia apreciação circunstanciada de todos os interesses em litígio*», seguindo os termos da primeira parte, do n.º 1, art. 130.º.

E, nos termos do art. 130.º, n.º 2, as decisões cautelares estão vinculadas aos fundamentos da apreciação das circunstâncias de cada caso e das específicas conseqüências que da adoção da *medida cautelar* possam surgir aos interesses que cada parte defende. Logo, devem ser ponderados de forma circunstanciada os “interesses em jogo”, sejam privados, públicos ou os interesses de terceiros, acolhendo tutela o prejuízo mais grave entre a concessão e o indeferimento do pedido cautelar²²³.

É certo que o impacto dos regulamentos nos administrados - muitas vezes associado a reformas normativas - pressupõe que a administração atua ao serviço do interesse geral e, como parte desta atividade, promove os regulamentos necessários e oportunos. Para MERCEDES FUERTES, tal não deverá

²²² Para todas as considerações, vide MERCEDES FUERTES «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», ..., pp.67 e ss.

²²³ Sobre a matéria, vide MERCEDES FUERTES «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», ..., cit. pp. 75 e ss.; FRANCISCO JAVIER GARCIA GIL, *La medida cautelar de suspensión* ..., cit. pp. 33 e 34.

significar que o interesse público deva “prevalecer” sempre ao interesse privado, há um substrato de direitos individuais que não deverão ser negados ao requerente²²⁴.

Para a autora não basta a mera ponderação dos prejuízos, a ponderação dos interesses em presença deverá acolher uma verificação mais profunda dos perigos e riscos da sua decisão. A apreciação deverá consistir num “jogo matemático de combinações”, de modo a antecipar todas as possibilidades hipotéticas que possam surgir no futuro. Por um lado, os prejuízos do requerente se a *medida cautelar* não for concedida e a ação principal tiver provimento; e, por outro lado, todos os prejuízos dos destinatários da norma, se a medida cautelar tiver provimento, mas a ação principal não²²⁵.

No entanto, como salienta FRANCISCO JAVIER GARCIA, a jurisprudência tem decidido sucessivamente, em matéria cautelar, pela prevalência dos interesses públicos face aos particulares quando em litígio estejam matérias de direito do ambiente e do urbanismo²²⁶, matérias que são, *per sí*, propícias ao poder regulamentar.

Lembramos que ao contrário do art. 728.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, o legislador ordinário espanhol no preceito do art. 130.º não faz qualquer referência ao critério do *fumus boni iuris*, o que tem levado a jurisprudência a colocar entraves à sua aplicação. E, pese embora no início da década de 90 a jurisprudência parecer indicar que já não prescindiria deste pressuposto – veja-se a decisão do TS de 10 de julho de 1991, na qual, pela primeira vez, o TS decidiu suspender a eficácia de um regulamento administrativo, com fundamento na apreciação do *fumus boni iuris*²²⁷ - a verdade é que o critério da aparência do bom direito tornou-se progressivamente *tépido*, ou até mesmo *desprendido* e, em simultâneo, a sua apreciação começou a ser considerada de forma gradual e com limites²²⁸. Daí que a jurisprudência apenas considere o *fumus boni iuris* quando em causa estejam situações de manifesta e evidente ilegalidade.

« (...) não obstante a ausência de suporte normativo expresso nos preceitos em referência, pese embora o legislador o faça no artigo 728.º da LECv 1/2000 - a doutrina da aparência do bom direito - *fumus boni iuris* - continua a ser de singular relevância, o que permite, para meros fins de tutela cautelar, que se possa proceder à apreciação, quando em causa estejam sólidos fundamentos jurídicos, da pretensão principal do requerente (1) num quadro de provisoriedade, (2) dentro do limitado âmbito do pedido das medidas provisórias, e (3) sem prejuízo do resultado

²²⁴ Nesse sentido, MERCEDES FUERTES «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», ..., cit., pp. 75 e ss.

²²⁵ Posição assumida por MERCEDES FUERTES com referência à doutrina alemã, vide MERCEDES FUERTES «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», ..., cit., nota de rodapé 53, p. 78.

²²⁶ Cfr. FRANCISCO JAVIER GARCIA GIL, *La medida cautelar de suspensión* ..., cit. p. 34.

²²⁷ Para mais desenvolvimentos, vide EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, «*La aplicación de la «aparición de buen derecho» como base de las* ..., cit.

²²⁸ No mesmo sentido, vide ANABELÉN CASARES MARCOS, «*Eficacia de las medidas cautelares* ..., cit.

da decisão final da causa. Contudo, deve ter-se em conta que a jurisprudência mais recente aplica a doutrina da aparência do bom direito de uma forma muito mais matizada, utilizando-a em certos casos ([a saber:] de nulidade total, desde que seja manifesta -ATS 14 de abril de 1997-; de atos emitidos no cumprimento ou execução de uma disposição geral declarada nula e sem efeito; da existência de uma sentença que anula o ato numa instância jurisdicional inferior, mesmo que não seja definitiva; da existência de um critério reiterado que anula o ato numa instância jurisdicional inferior, mesmo que não seja definitiva; e, da existência de um critério reiterado da jurisprudência contra o qual a Administração coloca resistência), (...)»²²⁹.

Na determinação da tutela cautelar dos recursos *directo* e *indirecto*, o tribunal não poderá antecipar a decisão de fundo. Em causa, o regime cautelar limita-se a decidir provisoriamente.

E é também por esse motivo que a *medida cautelar* não poderá, conseqüentemente, construir uma situação irreversível. O tribunal não oferecerá mais no processo incidental do que aquilo que as partes alcançarão no processo principal.

Há dúvidas sobre as concretas medidas cautelares a adotar nos processos que versam sobre *disposiciones generales*.

A letra do preceito do art. 129.º, n.º 2, estabelece que: «*se uma disposição geral for impugnada e a suspensão da eficácia da disposição impugnada for solicitada, (...)*», parece limitar a medida à mera suspensão e tanto mais que a letra do preceito levou a doutrina e a jurisprudência a questionarem: poderão ser adotadas outras medidas cautelares para além do mero efeito suspensivo da eficácia da norma?

O Tribunal Supremo tem defendido, de forma reiterada, a *taxatividade* do preceito à suspensão da eficácia da *disposición general*, objeto do litígio cautelar, não admitindo outras medidas cautelares à luz do art. 129.º, n.º 1 e do regime-geral vinculado ao princípio da atipicidade²³⁰. Para o TS,

«(...) *quando se trata de disposições gerais, pese embora a redação do art. 129. 1 da Lei de 13 de Julho de 1998 pareça autorizar, ou não excluir, a adoção de quaisquer medidas para assegurar a eficácia da sentença sem distinguir o objeto do processo, no entanto, a impugnação de uma disposição geral, tendo em consideração a redação do número 2 do mesmo preceito quando afirma que " se uma disposição geral for impugnada e a suspensão da eficácia da disposição impugnada for solicitada ", a medida cautelar é limitada à suspensão da eficácia total ou parcial dessa disposição em litígio e, como o preceito acrescenta, por razões de segurança*

²²⁹ Tradução livre da autora. Decisão de 31 de outubro de 2018, recurso 380/2018-, do TS, in: FRANCISCO J. NOGALES ROMEO/ CARLOS ROMERO REY, *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: ...*, comentário ao art. 130.º, pp. 507 e 506.

²³⁰ Para tanto, vejam-se as decisões do TS: STS de 14 de dezembro de 2007, rec. 2958/2005; 17 de junho de 2014, rec. 2589/2013; ATS de 19 de julho de 2011, rec. 387/2010. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/>.

jurídica, e como medida precludente, 'b requerimento deve ser apresentado no pedido', sem prejuízo da possibilidade de solicitar a suspensão dos atos emitidos em execução da disposição, em qualquer momento posterior»²³¹ (o sublinhado é nosso).

Já EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ vão mais longe. Para além de defenderem a clara possibilidade de conceder outras medidas que não a mera suspensão da eficácia, consideram ainda a possibilidade do tribunal poder substituir a *disposición*, objeto de litígio cautelar, apenas para efeitos de tutela individual, por uma outra disposição que seja provisória²³².

Já para MERCEDES FUERTES, a “*innovatio judicial*” provocaria uma nova *era* no princípio da separação de poderes, pondo em risco quer a função administrativa, quer a função jurisdicional. Todavia, a autora evidencia a necessidade de uma “*margem de determinação*” para que o tribunal possa adotar outras medidas e ir para além da suspensão da eficácia total e abstrata do preceito administrativo²³³.

Posto isto, considera a autora que a tutela do requerente poderá não exigir uma suspensão absoluta da disposição objeto de litígio e, nesses casos, bastará o decretamento provisório da suspensão parcial da norma ou a “*exclusão*” da exequibilidade da disposição quer na esfera do requerente, quer na esfera daqueles que se encontrem em posição semelhante. Acrescenta, a margem de determinação da tutela cautelar do *recurso directo* poderá estender-se, ainda, por exemplo, à exclusão dos bens do requerente do plano urbanístico impugnado ou à não aplicação de certas obrigações contidas na disposição e que sejam consideradas desproporcionais. Em causa estará sempre uma intensa manifestação do princípio da proporcionalidade na consideração quer dos interesses privados, quer dos interesses públicos²³⁴.

Apesar das dúvidas, certo é que o tribunal poderá determinar a prestação de uma caução ou uma garantia que salvguarde os prejuízos de qualquer natureza que resultem da concessão da medida cautelar determinada, de acordo com o art. 133.º, da LJCA.

A doutrina e jurisprudência designam esta caução ou garantia enquanto «*contracautela*». E, não obstante, não haver dúvidas de que a mais comum é a prestação económica, poderão no conceito de «*garantia*» serem determinadas outras *contracautelas*.

Neste sentido, para a jurisprudência não se trata de um poder discricionário, mas, antes, serão impostas ou exigidas quando a medida cautelar resulte em danos de qualquer natureza para o interesse

²³¹ Cfr. STS de 14 de dezembro de 2007, rec. 2958/2005. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/>.

²³² Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, ..., cit., p. 627.

²³³ Cfr. MERCEDES FUERTES «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», ..., cit., p. 82.

²³⁴ *Ibidem*.

geral ou para terceiros²³⁵. MERCEDES FUERTES chama novamente atenção, este poder não deverá ultrapassar a fronteira da separação de poderes, por isso, não deverá, também aqui, através desta extensão do regime comum e na eventual consideração de uma qualquer garantia no que ao âmbito normativo regulamentar respeita, haver algum tipo de ingerência na discricionariedade administrativa²³⁶.

O segundo desvio das regras-gerais da *regulación comum* está previsto no art. 134.º, n.º2.

A medida cautelar da suspensão de eficácia da *disposición general* e a suspensão da eficácia do ato administrativo que afeta um número indeterminado de pessoas, são publicadas de acordo com o art. 107.º, n.º 2.

Por sua vez, determina o art. 107.º, n.º 2 que se a decisão declarar a ilegalidade total ou parcial de uma *disposición general* ou um *ato administrativo*, que afete um número indeterminado de pessoas, o tribunal ordenará a sua publicação num jornal oficial no prazo de dez dias após a sentença se tornar definitiva.

Por fim, importa evidenciar que o regime das medidas cautelaríssimas do art. 135.º é conciliável quer com a tutela cautelar *indirecta*, quer com a tutela cautelar *directa*²³⁷. Isto posto, é aplicável no quadro da tutela cautela da *disposición general* o mesmo raciocínio lógico-jurídico das exigências do art. 135.º. Vejamos.

«(...) o referido artigo 135.º autoriza o Tribunal a conceder imediatamente as medidas cautelares contempladas com carácter ordinário "*inaudita parte*" e no prazo de dois dias. Contudo, com vista à adoção das medidas através de um procedimento tão rigoroso, o mesmo preceito impõe a condição de que "*circunstâncias de especial urgência*" devem coincidir; uma exigência que, tal como consta do Auto desta Sala de 21 de maio de 2014 (recurso 377/2014), implica demonstrar "uma urgência excecional ou extraordinária, ou seja, de intensidade superior à normalmente exigida para a adoção de medidas cautelares que, segundo o procedimento comum, ocorre no final do incidente correspondente, em conformidade com o princípio geral de audição da outra parte", no sacrifício do princípio do contraditório. Na mesma linha, é referido no Auto de 14 de janeiro deste ano (recurso 800/2015), "*As circunstâncias de especial urgência exigidas pelo art. 135.1, letra a), da Ley de la jurisdicción-administrativa, são aquelas que pela sua natureza não permitem que a decisão sobre uma medida cautelar espere, nem mesmo pelo muito curto período de dez dias que foi concedido à parte contrária para que esta possa apresentar as suas alegações*". Com maior precisão é afirmado no Auto

²³⁵ Cfr. FRANCISCO JAVIER GARCIA GIL, *La medida cautelar de suspensión ...*, cit. p. 46.

²³⁶ Cfr. MERCEDES FUERTES «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», ..., cit., p. 79.

²³⁷ O preceito versa sobre as pretensões que atingem os arts. 129.º a 134.º, da LJCA. Nesse sentido, vide ATS de 26 de março de 2019, rec. 92/2019, in: FRANCISCO J. NOGALES ROMEO/ CARLOS ROMERO REY, *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: ...*, comentário ao art. 135.º, p. 514.

de 23 de dezembro de 2013 (recurso 512/2013) que "*O referido preceito processual permite a adoção de medidas cautelares, sem audição da parte contrária, quando existem circunstâncias de especial urgência, ou seja, circunstâncias que tornam claro que, se o procedimento comum do incidente, previsto no artigo 131º, fosse seguido, a adoção da medida cautelar seria ineficaz, dada uma execução imediata e dificilmente reversível do ato impugnado. São fundamentalmente estas duas circunstâncias, o carácter imediato da execução do ato e a dificuldade ou impossibilidade de o reverter, que justificam, se for caso disso, que o interessado procure diligentemente a concessão da medida cautelar com urgência, na medida em que a tutela cautelar das pretensões do requerente poderia ser prejudicada ou dificultada consideravelmente se, dada a natureza e o alcance do ato impugnado, fosse necessário esperar pelo procedimento comum da medida cautelar antes de a adotar*" »²³⁸.

Assim, não obstante a previsão do legislador de pequenos desvios à tutela cautelar do *recurso directo* – o art. 129.º, n.º 2 e o art. 134.º, n.º 2 -, mormente no momento da *solicitud* e da *publicidad* – a verdade é que o regime está plenamente enquadrado no *regime comum*, isto é, é plenamente conciliável com as regras-gerais do sistema cautelar espanhol.

§3. Em jeito de balanço

As duas perspetivas de direito comparado consideradas neste estudo ao sistema cautelar do regulamento administrativo foram configuradas em momento anterior ao nosso CPTA, e desde a sua configuração, em bom rigor, não têm evidenciado significativas alterações, não obstante a doutrina apresentar importantes “lacunas” aos regimes.

Notámos, nas duas perspetivas, uma clara necessidade de consolidar a tutela cautelar do regulamento não apenas à tutela principal e abstrata, mas abarcando também o ato administrativo que dá exequibilidade à norma mediatemente operativa inválida, integrando esta tutela na apreciação de vícios regulamentares, não obstante serem apreciados a título incidental e concreto.

Mas, se por um lado, o legislador alemão consagrou o regime da tutela cautelar principal e abstrata numa disposição “*meio que perdida na VwGO*”, estabelecendo apenas a “*urgência necessária*” como critério à emissão da *ordem provisória*; por outro lado, o legislador espanhol incluiu o regime cautelar abstrato e *directo* da *disposición general* no sistema uniforme com ligeiros desvios, mas que

²³⁸ Tradução livre da autora. Decisão de 9 de julho de 2018 – rec. 301-2018-, do TS, in: FRANCISCO J. NOGALES ROMEO/ CARLOS ROMERO REY, *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*: ..., comentário ao art. 135.º, pp. 515 e 516.

configura, *a contrario* do primeiro, uma intervenção expressa quanto à medida concreta a emitir, nos termos do art. 129.º, n.º 2, «*la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados*».

Por seu turno, o silêncio do legislador ordinário alemão levou a doutrina e a jurisprudência a considerarem uma aproximação ao regime do princípio da atipicidade, que se diverge do regime cautelar do ato administrativo, porque configura um poder discricionário ao juiz no “como” da medida em prol do “se”.

Não obstante a perspetiva alemã configurar um poder discricionário ao juiz cautelar na concreta medida a adotar, veja-se, não há qualquer desvio do regime da tutela cautelar principal e abstrata ao sistema cautelar, isto é, as características e princípios basilares do sistema cautelar assentes na instrumentalidade, provisoriedade e sumariedade não se desvirtuam. Tanto mais que há uma clara preocupação de limitar os poderes do juiz cautelar ao princípio que estabelece que os seus poderes não poderão ultrapassar os poderes do juiz da causa. Logo, se a ação principal visa a declaração da ilegalidade da norma regulamentar, o juiz cautelar não poderá decidir alterar ou corrigir a disposição porque na ação principal, o juiz da causa, não terá poderes para tal.

Já no ordenamento jurídico espanhol, apesar da jurisprudência do TS considerar sob a existência de uma “*distorção da função jurisdicional*” no sentido de estabelecer, no processo principal, “requisitos mínimos” para que a nova disposição não seja declarada ilegal, veja-se, o legislador da LJCA, seguido pela jurisprudência do TS, determina nos termos do art. 129.º, n.º 2, *expressis verbis* o sentido da concreta medida a adotar, não parecendo “abrir espaço” às considerações de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/ TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ quanto à possibilidade de “substituir” a disposição objeto de litígio cautelar, mesmo a título de proteção individual.

Certo é que a tutela cautelar do regulamento, mormente a tutela principal e abstrata, não desconsidera a relevância dos terceiros cujos efeitos serão afetados com o provimento da medida cautelar, tanto mais que a teoria da ponderação dos interesses em presença tem influência no regime da tutela cautelar do §47.6 que, por sua vez, foi considerada pela aproximação deste regime ao §32 *BVerfGG*.

Logo, os interesses de todos os destinatários da norma são cruciais no seu procedimento. Nenhum dos regimes em presença considera a técnica do efeito suspensivo automático da eficácia da norma no mero impulso do processo cautelar.

Além do mais, a tutela cautelar principal e abstrata assume uma posição integrada no regime geral, conciliável com as *máximas* da antecipação da questão de fundo – veja-se, nesta matéria,

particularmente o regime alemão -, mas também da medida urgentíssima de tutela cautelar provisória – mormente, a inclusão da tutela cautelar do *recurso directo* à disposição do art. 135.º, da LJCA.

CAPÍTULO 3. - “DE IURE CONDENDO”

OBJETIVO: A PROPOSTA DE SOLUÇÃO

Sumário: §0. Nota prévia. §1. O sistema geral do regime cautelar aplicado à suspensão da eficácia das normas §2. O sistema cautelar do regulamento administrativo. §3. Um *esboço* da proposta *de iure condendo* do art. 130.º, do CPTA.

§0. Nota prévia

Os regimes de controlo judicial de normas regulamentares são como uma “*caixa de pandora*”. Isto porque há sempre um perigo associado aos limites do princípio da separação de poderes e dos confrontos com a jurisdição constitucional que “*desarmam*” os legisladores ordinários a enfrentar verdadeiras reformas nestas matérias. Tanto mais que, nos nossos dias, em contexto pandémico *Covid-19* e da emissão de múltiplos regulamentos administrativos, as jurisdições administrativas enfrentam o *derradeiro teste* da configuração normativa dos regimes que versam sobre normas enquanto regimes de tutela jurisdicional efetiva.

Em 1997, o legislador constitucional vinculou o legislador ordinário à configuração de meios processuais que tutelassem dignamente os interesses dos administrados quando esses interesses fossem lesados por normas administrativas com eficácia externa. Neste sentido, não obstante a presunção da tutela jurisdicional efetiva nos termos do art. 20.º, n.º 4 e 268.º, n.º 4, da CRP, o legislador constitucional evidenciou *expressis verbis* a necessidade de configurar meios processuais que versem sobre normas regulamentares inválidas, nos termos do n.º 5, do art. 268.º.

Todavia, o princípio da tutela jurisdicional efetiva não é garantido na mera consagração da disciplina processual e, por conseguinte, esta disciplina deverá garantir o vínculo ao princípio do prazo razoável e do processo equitativo.

Portanto, entendemos que o preceito cautelar também poderá encontrar uma dupla afirmação constitucional na configuração de meios processuais que visam salvaguardar os efeitos da decisão da causa que verse sobre normas regulamentares inválidas.

Certo é que o sistema geral cautelar foi consagrado no CPTA de 2002 através das técnicas processuais da tutela jurisdicional efetiva já identificadas noutros ordenamentos jurídicos e que se configuraram enquanto principais *ferramentas* do direito processual do regime cautelar.

Nesta senda, o legislador do CPTA configurou um sistema geral ao regime cautelar do contencioso administrativo, que segue os termos do **título IV, parte III, do CPTA**. Título que está dividido entre o cap. I (arts. 112.º ao 127.º), preceitos referentes às disposições comuns, e o cap. II (arts. 128.º a 134.º), preceitos referentes às disposições particulares. No entanto, os regimes particulares ou especiais não deixam de acompanhar as disposições comuns (§1.).

O art. 130.º é um regime especial, está configurado no cap. II, do título IV, parte III, do CPTA. Portanto, está também vinculado ao sistema geral das providências cautelares e, por conseguinte, às técnicas processuais das providências ditadas pelo princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Soma-se, ainda, as limitações ao princípio da tutela jurisdicional efetiva do regime do art. 130.º identificadas no primeiro capítulo desta dissertação: i) o *modus procedendi*; ii) a ausência das pretensões que possam versar sobre normas e, por fim, iii) a concreta medida a adotar pelo juiz cautelar.

No nosso entender, as fragilidades do direito posto devem conduzir o legislador ordinário à configuração de um regime *de iure condendo* que unifique as pretensões que versem sobre normas administrativas inválidas, e que conheça limites, entre as várias pretensões abstratas e concretas ou principais e incidentais. E, ainda, a verdadeira inclusão dos regimes de intimação à emissão de normas devidas (uma inegável ausência do atual regime) (§2).

Na agregação das nossas considerações, cremos ser útil *apresentar um esboço* da proposta do novo regime cautelar especial da atividade normativa no contencioso administrativo (§3).

§1. O sistema geral do regime cautelar aplicado à suspensão da eficácia das normas

As providências cautelares são instrumentos de concretização do princípio da tutela jurisdicional efetiva, previsto nos termos do art. 268.º, n.º 4, da CRP.

Agora, recorde-se neste quadro, o princípio da tutela jurisdicional efetiva é análogo aos direitos, liberdades e garantias e, como tal, identifica-se como uma clara exigência do Estado de Direito, não obstante a disposição do art. 20.º, n.º 4 da CRP configurar a imposição da *decisão em prazo razoável* e do *princípio equitativo* que limitam o ónus processual do legislador ordinário na concretização da tutela efetiva.

Por outras palavras, sendo a tutela cautelar um direito fundamental não é um direito absoluto, estando, assim, sujeita a restrições necessárias à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, conforme arts. 18.º e 20.º, n.º 4, da CRP. Posto isto, os direitos de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (*o direito ao processo*) estão sujeitos à materialização da obtenção de uma decisão em prazo razoável e de um processo equitativo²⁹⁹.

Neste contexto, cumpre evidenciar, o legislador do CPTA de 2002, influenciado particularmente pelos legisladores dos ordenamentos jurídicos alemão, espanhol e francês, veio transformar todo o contencioso administrativo em matéria cautelar ao **concretizar algumas das técnicas e da sistematização que há muito a doutrina administrativista desejava**.

De um modo geral, não obstante as particularidades de cada ordenamento, a verdade é que, no final da década de 90, o conceito de tutela cautelar já se identifica enquanto processo dependente e autónomo do processo principal, - este último de *plena cognição* -, com o objetivo *primo* de assegurar o efeito útil da decisão principal evitando e corrigindo o *periculum in mora*, seja através de medidas que pudessem conservar o *status quo*, seja através de medidas que antecipassem a decisão principal de forma reversível para o futuro.

²⁹⁹ Sobre o assunto, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência...*, cit.; JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa ...*, cit., pp. 189 e ss.; SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo, ...*, cit., p. 717; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit., pp. 42 e ss.

Em síntese, tal como havia concretizado o processo civil, o CPTA veio conduzir a jurisdição administrativa à implementação da teorização do *periculum in mora* da escola de CALAMANDREI, e do seu mestre CHIOVENDA²⁴⁰.

Posto isto, será relevante considerar dois aspetos fundamentais da lógica do sistema geral aplicado à suspensão da eficácia das normas: o primeiro ponto a considerar terá como objetos as técnicas processuais do regime cautelar enquanto regime de tutela jurisdicional efetiva (§ 2.1.) e o segundo ponto a considerar versará sobre as particularidades do objeto de litígio da suspensão da eficácia da norma no contexto das disposições gerais (§2.2.).

§1.1. Breve consideração sobre as técnicas processuais do regime cautelar

A inspiração nos legisladores de outros ordenamentos jurídicos permitiu concretizar o princípio da tutela jurisdicional efetiva através de técnicas processuais, *rectius* instrumentos da disciplina processual que caracterizam o modelo cautelar enquanto **processo instrumental, provisório e sumário**²⁴¹.

Em primeiro lugar, o carácter instrumental surge na senda da tutela cautelar através da técnica da *acessoriedade-instrumentalidade*. É através desta técnica processual que o regime cautelar se concretiza enquanto processo autónomo que lhe garante o vínculo com o processo da ação principal. Todavia, embora este processo acessório consagre uma disciplina processual relativamente autónoma ao processo principal, importa evidenciar, não lhe é permitida qualquer margem de sobreposição à decisão do mérito da causa. Logo, ao contrário dos processos de urgência, no regime cautelar o juiz não poderá *a priori*, e sem mais, antecipar o mérito da causa.

Em abono da verdade, os traços da técnica da *acessoriedade-instrumentalidade* poderão ser observados em todo o sistema geral das providências cautelares, mas, veja-se, mormente as disposições do n.º 2 do art. 114.º - que estabelece a exigência do requerimento ser apresentado no tribunal competente da causa principal -, ou o caso do n.º 1, do art. 113.º - que estabelece o parâmetro da relação entre o processo acessório e o processo principal.

Em segundo lugar, cumpre sucintamente dizer que a *técnica da provisoriedade* está intrinsecamente associada ao método das providências cautelares, i. e., à lógica da decisão que não

²⁴⁰ Sobre o tema, elencando apontamentos sobre as perspetivas de direito comparado, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático* ..., cit.

²⁴¹ Para todas as considerações sobre as técnicas processuais presentes na disciplina cautelar, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência...*, cit.

perdura no tempo. Posto isto, ISABEL CELESTE M. FONSECA assinala que a provisoriedade poderá alcançar dois sentidos: i) qualitativo – associado ao caráter meramente provisório; e, ii) quantitativo – que corresponderá às limitações impostas pela própria provisoriedade, sejam os efeitos a produzir pelo decretamento de determinada medida, seja a duração da efetividade da mesma que não apresentará um caráter definitivo²⁴².

Para tanto, importará evidenciar, neste contexto, as disposições dos artigos 122.º e 123.º do CPTA. Disposições comuns que vêm consolidar o regime das providências cautelares como um regime de caráter não definitivo, na medida em que, verificando-se a *condição* ou o *termo*, a providência cautelar caduca ou revoga.

Em terceiro lugar, a eficácia da medida cautelar enquanto medida *pré-decisão* é garantida pela aplicação da *técnica da antecipação*. A antecipação dos efeitos da sentença do mérito é justificada, nos termos do n.º 1, do art. 120.º, enquanto salvaguarda da efetividade da decisão do processo principal em resposta ao fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação. Cumpre notar, embora se trate de uma técnica processual que produz efeitos jurídicos na esfera das partes, não a podemos confundir com a apreciação antecipatória da ação principal. Isto porque são as *técnicas da acessoriedade-instrumentalidade e da provisoriedade* que limitam a *técnica da antecipação* à atribuição de poderes menos amplos - ou no limite, com igual amplitude-, do juiz cautelar em relação ao juiz da causa.

Por fim, a *técnica da sumariedade* determina que o procedimento e a apreciação do regime cautelar se concretize através de juízos de probabilidade e de verosimilhança. Sucintamente, a técnica da *sumariedade procedimental* promove uma disciplina processual simples e abreviada (estrutura que se distingue imediatamente dos processos ordinários), e que poderá atribuir poderes mais ou menos amplos ao juiz consoante o grau da urgência e da complexidade da questão de direito e da questão de facto. Concludentemente, a *técnica da sumariedade* procedimental concretiza as providências cautelares enquanto regimes de tramitação simples e abreviados por determinação legal, influenciando a dinâmica processual a uma estrutura acelerada.

Uma pequena abordagem à *técnica da sumariedade de cognição* particularmente relevante no contexto do *thema decidendum* e do *thema probandum* e que se opõe à *plena cognição*. O regime da providência cautelar assume-se de *cognição sumária* quando detém de um conjunto de exceções aos procedimentos instrutórios e de produção de prova, ou seja, quando estes sejam limitados ou condicionados em relação a parte dos factos que integram o *thema cautelar*. *A contrario*, a *plena*

²⁴² Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência...*, cit., pp. 898 e 899.

cognição do *thema decidendum* e, conseqüentemente, do *thema probandum*, pressupõe que o procedimento instrutório presencie de todos os meios de prova, realizando-se plenamente o contraditório. Um exemplo de *cognição sumária* é o decretamento provisório, previsto no disposto do art. 131.º, do CPTA²⁴³.

Estas técnicas processuais desenharam todo o sistema cautelar do contencioso administrativo português e, por isso, estão presentes seja nas providências cautelares conservatórias e antecipatórias - formuladas na perspectiva da disposição do art. 112.º, n.º 1-, seja, também, em qualquer dos regimes especiais e concretos previstos na disposição do art. 112.º, n.º 2 e no cap. II.

O regime das providências cautelares do contencioso administrativo consagra um *regime-geral* e regimes cautelares especiais para determinadas pretensões e objetos – regimes especiais que, no entender do legislador ordinário, merecem uma disciplina processual mais rigorosa e objetiva, mas que não deixam de acompanhar as disposições comuns do Cap. I.

No entanto, o legislador ordinário consagrou duas disposições que embora sejam comuns a todos os regimes – geral ou especial - correspondem a configurações específicas que estão previstas nos artigos 131.º e 121.º. O art. 131.º prevê o decretamento provisório e é mais rápido do que qualquer providência não específica. Já o art. 121.º concretiza a possibilidade da convoção do processo cautelar em processo principal, i. é, à maior exceção do regime cautelar: permitir, em determinadas situações, a antecipação da decisão do mérito da causa.

Dito isto, impõe-se concretizar as diretivas das técnicas, da disciplina e da sistematização do *regime-geral* à suspensão da eficácia da norma regulamentar, enquanto regime especial do modelo cautelar português.

Em suma, dizer que:

A *técnica da acessoriedade-instrumentalidade* garante o vínculo do processo cautelar da suspensão da eficácia das normas regulamentares à ação de impugnação de normas. Assim, aplicando-se as disposições comuns ao regime da suspensão da eficácia da norma podemos referir a título de exemplo que, nos termos do art. 114.º, n.º 2, o tribunal da ação principal é o tribunal competente do regime da suspensão da eficácia da norma.

Já a *técnica da provisoriiedade* determina o caráter meramente temporal da efetividade da sua decisão, sendo certo que o regime cautelar da norma regulamentar está também vinculado às disposições do art. 122.º e 123.º.

²⁴³ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência...*, cit., pp. 1013 e 1014.

Ora, ainda nesta lógica, tal como *supra* referimos, a natureza instrumental e provisória circunscrevem os efeitos da *técnica da antecipação* e, como tal, o juiz cautelar só decretará a suspensão da norma quando haja fundado receio de dano irreparável (*rectius, periculum in mora*). Nestes termos, o legislador ordinário atribuiu o poder ao juiz cautelar de decretar a suspensão da eficácia da norma antes da decisão do mérito da causa.

Por fim, nesta lógica, e atendendo à *técnica da sumariedade*, o regime da suspensão da eficácia da norma consagra uma disciplina processual simples e abreviada por determinação legal. Para tanto, o *modus procedendi* da providência cautelar da norma regulamentar é por força do art. 130.º, n.º 4, do CPTA remetido para a disposição do art. 128.º e, conseqüentemente, o impulso processual que caberá ao requerente através da apresentação do requerimento cautelar, produzirá **efeito suspensivo automático**. Conseqüentemente, nestes termos, o levantamento do efeito suspensivo competirá à parte requerida mediante emissão de *resolução fundamentada*.

Ora, este procedimento do regime previsto no art. 128.º (aplicado por remissão do n.º 4, do art. 130.º, à suspensão da eficácia da norma regulamentar), aproxima-se, em certa medida, ao procedimento do decretamento provisório disposto nos termos do art. 131.º, mormente quando o interessado requeira ao tribunal - onde penda o processo de suspensão-, a declaração de ineficácia dos atos de execução indevida (art. 128.º, n.º 4).

Facto que, como bem assinala ISABEL CELESTE M. FONSECA, impõem um «*procedimento prévio de apreciação antecipada dos interesses públicos e privados envolvidos*», assemelhando-se à intervenção por despacho liminar do juiz cautelar no decretamento provisório. Posto isto, os dois regimes pressupõem um desvio do «*processo-cautelar-comum-regra*», *rectius* uma *sumariedade de cognição*²⁴⁴.

No entanto, não obstante o longo período de confrontação da disposição do art. 128.º e do 131.º dividir a doutrina,²⁴⁵ hoje, pós Anteprojeto de revisão do CPTA de 2015, parece-nos que os atores jurídicos já não têm grandes dúvidas da conciliação de regimes. Mas, contudo, o regime do decretamento provisório surge nos processos da suspensão da eficácia dos atos administrativos numa espécie de *mescla* de procedimentos²⁴⁶.

A conciliação do regime do art. 131.º ao regime da suspensão da eficácia das normas é uma das muitas questões que poderemos colocar no âmbito da aplicação das disposições gerais ao regime

²⁴⁴ Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência...*, cit., 995.

²⁴⁵ Sobre a proposta do Anteprojeto de Revisão do CPTA em resposta à conciliação dos regimes do art. 128.º e 131.º, vide RUI GUERRA DA FONSECA, «*A suspensão de eficácia de actos ...*», cit., pp. 329 e ss.

²⁴⁶ No mesmo sentido, TIAGO DUARTE, «*Providências cautelares, suspensões ...*», cit., nota 12, p. 84.

da suspensão da eficácia das normas, no entanto, parece-nos *a priori*, não há nesta matéria verdadeira desenvoltura da nossa jurisprudência para convictas afirmações.

§1.2. A conciliação entre as disposições gerais e o regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares

O preceito do disposto no art. 120.º estabelece critérios gerais de aplicação assentes no *periculum in mora*, no *fumus boni iuris* e na ponderação de interesses. Os pressupostos de decretamento apreciados no âmbito da suspensão da eficácia da norma regulamentar adquirem uma nova dimensão no que à lógica da repartição dos riscos entre o *periculum in mora* e a ponderação dos interesses em presença concerne.

Em bom rigor, toda esta complexidade do direito substantivo do regulamento administrativo, mormente o vínculo ao princípio da eficácia geral, deverá merecer especial cautela nas considerações da aplicação dos pressupostos de decretamento no processo de suspensão da eficácia da norma regulamentar, *maxime* no regime da suspensão da eficácia da norma com força obrigatória geral (**§1.2.1.**).

Soma-se, ainda, o facto do regime cautelar se concretizar sobre *os amparos* do princípio da atipicidade de pretensões, nos termos do art. 112.º, n.º 1. Aqui, objetivamente relevante são os dois preceitos que embora sejam comuns a todos os regimes – geral ou especial - correspondem a configurações específicas que estão previstas nos artigos 131.º e 121.º - *primo*, o decretamento provisório da providência cautelar e, *secundo* a possibilidade excepcional de antecipar a decisão da causa, assim, impõe-se, por isso, perguntar em que medida é que estes preceitos são conciliáveis ao regime da suspensão da eficácia das normas. (**§1.2.2**)

§1.2.1. Pressupostos de decretamento: *periculum in mora*, *fumus boni iuris* e *interesses em presença*

O preceito do art. 120.º do CPTA impõe a apreciação de critérios gerais na ponderação do decretamento de qualquer providência cautelar.

De uma forma objetiva e simples podemos definir os critérios gerais entre:

- i) *periculum in mora*;
- ii) *fumus boni iuris* e

iii) da *ponderação dos interesses públicos e privados em presença*.

Estes são critérios cumulativos que por meio da *técnica da sumariedade*, caracterizam-se em juízos de verosimilhança ou de mera previsibilidade e razoabilidade dos indícios do litígio²⁴⁷.

Assim, por ora, será relevante compreender cada um dos critérios e em que medida se fazem sentir no regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares.

Podemos já avançar, as exigências da demonstração do *periculum in mora* e da *ponderação dos interesses em presença*, têm intensidades distintas consoante a apreciação da suspensão da eficácia da norma com força obrigatória geral e com efeitos circunscritos ao caso concreto. Vejamos.

j) Periculum in mora:

Nos termos do art. 120.º, n.º 1, do CPTA, «*as providências cautelares são adotadas quando haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal.*» Este é, de facto, o ponto de partida na apreciação do decretamento de qualquer providência a ser decretada no contencioso administrativo português. No entanto, mesmo que este primeiro critério –que recebeu a nomenclatura de *periculum in mora* – seja preenchido, a providência cautelar poderá não ser decretada, os três requisitos são cumulativos.

Tal como o processo civil português, “*o perigo na demora do processo principal*” é a função *primo* do regime cautelar do contencioso administrativo. Esta primeira importante função é, na verdade, por ampla influência da doutrina italiana, o ponto de partida na construção do regime cautelar²⁴⁸.

E, neste sentido, como salienta JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, a tutela cautelar como tutela efetiva surge da necessidade de acautelar a decisão final que por si só se prevê demorada. Acrescenta o autor que, em certas circunstâncias, essa demora poderá criar um estado de perigo ao expor o titular do direito a danos irreparáveis; ou se até à decisão final ocorram factos jurídicos suscetíveis de comprometer a utilidade da sentença principal por atuação tardia da decisão da causa²⁴⁹.

Este carácter de urgência, imprescindível no próprio conceito da tutela cautelar, é apreciado na *praxis* de acordo com as circunstâncias concretas do caso.

²⁴⁷ Cfr. Ac. TCA Norte, proc. 01952/16.4, de 10 de março de 2017. Disponível em: <http://www.dgsj.pt/>.

²⁴⁸ Sobre a tutela cautelar com vista a evitar a perda do efeito útil da sentença principal no contencioso administrativo, com o enquadramento do processo civil e da influência da doutrina italiana, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático ...*, cit., pp. 71 e ss.

²⁴⁹ Cfr. JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, Almedina, 12.ª Ed., janeiro de 2015. [consulta a 20/11/2020]. Disponível em: <http://books.google.com/books>.

Logo, será suportado pela análise rigorosa dos factos apresentados pelo requerente, que deverão assegurar ao juiz cautelar a convicção de um risco de probabilidade elevado de inutilidade da lide²⁵⁰.

Nesta lógica, como bem salienta o TCA SUL, na apreciação do *periculum in mora* no âmbito da tutela cautelar da norma regulamentar, o requerente deverá demonstrar um nexo entre as normas suspendendas e os prejuízos por ela causados²⁵¹. A apreciação deste nexo causal deverá conduzir o juiz (terceiro imparcial) à firme convicção, devidamente fundamentada, que se colocando na situação futura de uma hipotética sentença de procedência da ação principal, possa concluir que há uma probabilidade de risco elevado da inutilidade da lide²⁵².

No entanto, segundo o TCA SUL, no Ac. de 18 de junho de 2020, proc. n.º 1405/19.9BELSB, a alegação do requerente e a produção de prova sumária a produzir no processo de suspensão da eficácia de normas não satisfará o critério do *periculum in mora* se, para tanto, apenas se articular em formas de meras conjeturas ou alegações genéricas²⁵³.

Assim, podemos já concluir: não bastará um mero receio da ocorrência de lesão dificilmente irreparável que a norma alegadamente inválida possa causar. **O requerente terá de demonstrar, apoiando-se em factos que permitam afirmar convictamente e objetivamente, uma provável ameaça e a necessidade da adoção das medidas tendentes a evitar esse prejuízo irreparável**²⁵⁴. Prejuízo que a norma alegadamente inválida poderá causar por demora da decisão da ação principal, uma vez que, sem esta conservação da situação jurídica, a norma continuará a produzir efeitos.

Não obstante o critério do *periculum in mora* estar enquadrado no âmbito do sistema geral e pressupor a mesma lógica de aplicação em todas as pretensões cautelares, é apreciada na *praxis* de acordo com as circunstâncias concretas do caso. Assim, a apreciação do *periculum in mora*, no âmbito da suspensão das normas cautelares, exige diferentes intensidades consoante a tutela geral ou circunscrita da norma imediatamente operativa. Vejamos.

Tutela cautelar concreta da norma imediatamente operativa:

Nos termos do art. 130.º, n.º 1, o regime da suspensão da eficácia da norma com efeitos circunscritos ao caso concreto apenas concede legitimidade ativa ao *interessado*. Para a doutrina e

²⁵⁰ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit., p. 970.

²⁵¹ Cfr. Ac. TCA Sul, processo n.º 04810/08, de 12 de fevereiro de 2009. Disponível em: www.dgsi.pt.

²⁵² Cfr. Ac. TCA Norte, processo n.º 01952/16.4BEPRT, 10 de março de 2017. Disponível em: www.dgsi.pt.

²⁵³ Cfr. Ac. TCA Sul, processo n.º 1405/19.9BELSB, de 18 de junho de 2020. www.dgsi.pt.

²⁵⁴ Cfr. Ac. TCA Norte, processo n.º 00625/16.2BEAVR, de 13 de janeiro de 2017. Disponível em: www.dgsi.pt.

jurisprudência, a apreciação do tribunal cingir-se-á à **concreta relação** do administrado com a administração.

Neste caso, o resultado da providência é a mera desaplicação da norma àquele caso concreto e, portanto, a demonstração do *periculum* deverá ser proporcional²⁵⁵, **i. é**, embora a norma se aplique a uma generalidade de pessoas, ao *interessado* apenas bastará a demonstração dos prejuízos que a norma *suspendenda* provoca na sua esfera jurídica.

Tutela cautelar abstrata da norma regulamentar:

Por seu turno, nos termos do art. 130.º, n.º 2, o regime da suspensão da eficácia da norma com força obrigatória geral atribui legitimidade ativa ao MP e às pessoas e entidades referidas no art. 9.º, n.º 2. Para a doutrina e jurisprudência, a apreciação do tribunal circunscreve-se à delimitação do *periculum in mora* na **relação abstrata de administrados com a administração**.

Portanto, o resultado da suspensão da norma a decretar produzirá efeitos com força obrigatória geral, logo, a demonstração do *periculum* - voltando ao princípio da proporcionalidade - exige a demonstração de prejuízos hipotéticos que a norma poderá causar a uma generalidade de pessoas.

No fundo, o requerente terá de demonstrar prejuízos hipotéticos, mas possíveis numa variedade de relações concretas. Ao dizermos que a demonstração do prejuízo hipotético se estende a uma variedade de relações concretas, não pressupõe que o tribunal possa avaliar a intensidade do perigo em cada uma das múltiplas relações jurídico-administrativas que possam estar em causa, o que poderia tornar manifestamente impossível a aplicação da técnica da sumariedade. Antes, a apreciação de um *periculum in mora* abstrato e factualmente perigoso a atingir a esfera dos destinatários da norma.

Portanto, a determinação da apreciação do tribunal entre a tutela concreta vs. abstrata é definida através do princípio da proporcionalidade de acordo com os efeitos jurídicos a decretar na providência, o que conduz na mesma medida, à determinação de acordo com o pressuposto da legitimidade preenchido pelo requerente.

i) Fumus boni iuris

A par do *periculum in mora*, o preceito do art. 120.º, n.º 1 do CPTA, estabelece a existência de um segundo critério. O critério consagrado pela doutrina e jurisprudência como o pressuposto do *fumus*

²⁵⁵ Sobre o princípio da proporcionalidade e o regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares com efeitos circunscritos ao caso concreto, vide MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit., p.1035 e ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «O Controlo Judicial do Exercício...», cit., p. 118.

boni iuris ou a *aparência do bom direito*, que o legislador ordinário concretizou da seguinte forma: «*e seja provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo venha a ser julgada procedente*».

A revisão do CPTA de 2015, como evidenciam MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, definiu que este critério seria aplicado de modo homogêneo a todas as providências cautelares. Segundo os autores, tal só foi possível porque há muito que os juízos de apreciação deste critério se encontravam definidos pela jurisprudência e doutrina, apoiadas nos desenvolvimentos do direito processual civil²⁵⁶.

Este momento é relativamente importante no contexto do regime da suspensão da eficácia da norma. A disposição do art. 120.º, n.º 1, al. a) do anterior regime exigia a demonstração da evidência de procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, «*designadamente por estar em causa a impugnação de ato manifestamente ilegal, de ato de aplicação de norma já anteriormente anulada ou de ato idêntico a outro já anteriormente anulado ou declarado nulo ou inexistente*». Embora o legislador não incluísse nos casos enumerativos do preceito a norma imediatamente operativa, a jurisprudência considerava a sua aplicação na apreciação do regime da suspensão da eficácia da norma²⁵⁷.

O critério do *fumus boni iuris* - associado à evidência da ilegalidade do objeto de litígio - verifica-se apenas em situações excecionais *de ostensiva ou grosseira invalidade do ato ou da norma em causa*²⁵⁸. Aliás, nesta perspetiva, o STA chega mesmo a afirmar que este critério apenas seria preenchido em situações extremas, dada a invulgar hipótese da efetividade da evidência. Tanto mais, o critério não seria apreciado isoladamente, sendo até, a maioria dos casos decididos crucialmente na análise da ponderação de interesses²⁵⁹.

Posto isto, o DL n.º 214-G/2015 introduziu num só preceito os critérios do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, introduzindo neste último critério, pela primeira vez, uma aplicação homogênea a todo o regime cautelar.

Esta nova disposição surgiu condizente com a anterior al. c) do n.º 1 (aplicada exclusivamente às providências cautelares antecipatórias) que já determinava a apreciação do “bom direito” pelo mero juízo de probabilidade (e já não de “evidência”) sobre a pretensão formulada no processo principal a ser

²⁵⁶ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit., p. 974.

²⁵⁷ Nesse sentido, Ac. TCA Sul, processo n.º 06635/04/A, de 3 de março de 2005 e Ac. TCA Sul, processo n.º 03595/08, de 19 de junho de 2008. Disponíveis em: www.dgsi.pt.

²⁵⁸ Cfr. Ac. TCA Sul, processo n.º 03595/08, de 19 de junho de 2008. Disponível em: www.dgsi.pt.

²⁵⁹ Cfr. Ac. STA, processo n. 0500/14, de 26 de junho de 2014. Disponível em: www.dgsi.pt.

julgada precedente²⁶⁰. Assim, esta apreciação junta as técnicas processuais das providências cautelares e não exige aqui uma apreciação de *plena cognição* do tribunal.

Ora, a jurisprudência da jurisdição administrativa tem-se sucumbido dos preceitos do art. 342.º, n.º 2 do CC e dos arts. 487.º e 516.º do CPC para aferir do ónus de prova e, concludentemente, caberá ao requerente o ónus da produção de prova sumária dos pressupostos de decretamento e, *a contrario*, ao requerido caberá fazer prova sumária de factos impeditivos, modificativos ou extintivos da suspensão²⁶¹.

Esta apreciação sumária do juiz cautelar terá em consideração os fundamentos apresentados pelo requerente no pedido de declaração de ilegalidade. E, recorde-se, desde a reforma de 2015, a norma imediatamente operativa pressupõe uma dicotomia entre os fundamentos de mera ilegalidade vs. fundamentos de inconstitucionalidade, dicotomia que se transpõe à dicotomia de pretensões do pedido da declaração de ilegalidade da norma.

No entanto, apesar do regime cautelar também apresentar uma dicotomia de pedidos, a verdade é que eles não se formam pela dicotomia de fundamentos. Por outras palavras: no regime cautelar, os fundamentos das pretensões formuladas não determinam o pedido, ou seja, o regime da suspensão da eficácia das normas com efeitos circunscritos ao caso concreto poderá apreciar tanto a invalidade da norma com fundamentos de inconstitucionalidade, como fundamentos de ilegalidade, o que estará vedado na ação principal que visa a desaplicação da norma imediatamente operativa àquele caso concreto.

iii) A ponderação de interesses públicos e privados em presença

Nos termos do preceito do n.º 2, do art. 120.º, o legislador consagrou que « *nas situações previstas no número anterior, a adoção da providência ou das providências é recusada quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências*»²⁶².

Este preceito tem sido denominado como “cláusula de salvaguarda”, denominação que se justifica por ser o último dos pressupostos: não basta a demonstração do *periculum in mora* e do *fumus*

²⁶⁰ Para mais desenvolvimentos sobre as particularidades do anterior regime do art. 120.º, vide ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Dos Novos Processos Urgentes no Contencioso Administrativo: Função e Estrutura*, LEX, Lisboa 2004, p. 66 e 67.

²⁶¹ Cfr. Ac. TCA Norte, proc. 01952/16.4BEPRT, de 10 de março de 2017; Ac. TCA Norte, proc. 01155/16.8BEBERG, de 24 de março de 2017. Disponíveis em: <http://www.dgsi.pt/>.

²⁶² Não obstante a disposição do n.º 2, do art. 120.º também ter sofrido alterações com a introdução do DL n.º 214-G/2015, tratou-se de uma mera adaptação às significativas alterações do disposto no n.º 1, aliás, o preceito do n.º 2 manteve as exigências da ponderação de interesses públicos e privados em presença, atendendo o prejuízo que se mostra superior em relação ao outro.

boni iuris, se a adoção da providência provocar danos desproporcionais entre o sacrifício que é imposto ao requerido e o benefício que é obtido pelo requerente.

Esta cláusula de salvaguarda permitirá ao juiz cautelar comparar o “*peso*” dos interesses em presença e adotar, atendendo ao caso concreto, a providência cautelar que possa provocar menos prejuízos²⁶³.

O STA já se pronunciou no que ao sentido da *letra da lei* deste preceito concerne - «*os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa*» (o sublinhado é nosso). Esta decisão é relevante na medida em que, no caso concreto, os requerentes alegaram que a *letra do preceito* conduzia a um entendimento de que os prejuízos por si fundamentados só seriam acolhidos se fossem desproporcionadamente superiores, posição que o STA refutou.

Para o STA não se pode retirar da letra do preceito qualquer ambiguidade ou incongruência que possa induzir o interprete num entendimento de «*desmesura, excesso ou desmedida*», bastando um juízo superior do prejuízo para o Requerido ao dano que a providência poderá evitar na esfera do Requerente²⁶⁴, ou vice-versa.

Seguindo a posição de VIEIRA DE ANDRADE, não se concede a providência cautelar quando os prejuízos desta sejam superiores aos prejuízos que resultam da não concessão. Para o autor, a letra do preceito do art. 120.º, n.º 2, deverá ser interpretada no sentido de ponderar quer os interesses do requerente, do requerido e de terceiro, sejam eles públicos ou privados²⁶⁵.

*«Não se trata aqui de ponderar exclusivamente o interesse público com o interesse privado, mesmo que muitas vezes o interesse do requerido seja o interesse público e o interesse do requerente seja o interesse privado: o que está aqui em conflito são os resultados ou os prejuízos que podem resultar da concessão ou da recusa da concessão para todos os interesses envolvidos, sejam públicos, sejam privados»*²⁶⁶.

Este esquema de apreciação é mantido no contexto da tutela cautelar das normas regulamentares.

Para tanto, o TCA Sul na decisão de 26 de junho de 2014, proc. n.º 0500/14, apreciando a tutela cautelar de uma norma regulamentar salienta que «*(..) a ponderação a efetuar, nos termos do n.º*

²⁶³ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit., pp. 975 e ss.

²⁶⁴ Cfr. Ac. STA, processo n.º 0561/14, de 13 de novembro de 2014. Disponível em: www.dgsi.pt.

²⁶⁵ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa: Lições ...*, cit., p. 298.

²⁶⁶ *Ibidem*.

2 do art. 120.º do CPTA, é entre os prejuízos reais, e tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, que resultariam da recusa ou da concessão da providência»²⁶⁷.

No mesmo sentido, segue a decisão do STA de 13 de julho de 2016, processo n.º 09648/16, «*da ponderação dos interesses em presença, isto é, que da ponderação dos interesses públicos e privados, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências*»²⁶⁸.

Posto isto, o esquema da ponderação de interesses em presença determina o seguinte raciocínio lógico-jurídico:

- quanto à suspensão da eficácia de normas com efeitos circunscritos ao caso concreto: se os efeitos da concessão e da recusa se limitam à esfera das partes, os prejuízos demonstrados pelo requerido podem ser superiores na mera demonstração de danos na sua esfera individual.

- quanto à suspensão da eficácia de normas com força obrigatória geral: se os efeitos da concessão e da recusa afetam a generalidade dos destinatários, os prejuízos demonstrados pelo requerente só serão considerados superiores quando a tutela cautelar visa proteger a esfera jurídica de uma generalidade de administrados, logo, estamos sempre perante uma tutela abstrata.

Assim, quando consideramos a tutela cautelar abstrata, a produção dos efeitos da concessão e da recusa é, de facto, significativa.

Importa ter presente que os efeitos do decretamento da providência irão refletir-se na esfera jurídica de todos os destinatários da norma em igual intensidade. Logo, há uma multiplicidade de interesses que devem ser considerados nesta ponderação: os interesses do requerente, os interesses do requerido (partes do processo) e os interesses de terceiros (sejam eles partes ou não).

A concessão ou recusa da providência, no âmbito da tutela cautelar abstrata, não afetam apenas a esfera das partes, mas, também, na mesma medida, os contrainteressados e os beneficiários da concessão. Ora, a norma regulamentar acolhe um universo subjetivo de destinatários com igual intensidade na produção dos seus efeitos, sendo certo que a sua exequibilidade poderá originar distintos interesses que não podem ser desconsiderados da apreciação do decretamento da tutela cautelar abstrata.

²⁶⁷ Cfr. Ac. TCA Sul, processo n.º 0500/14, de 26 de junho de 2014. Disponível em: www.dgsi.pt.

²⁶⁸ Cfr. Ac. STA, processo n.º 09648/16, de 13 de julho de 2016. Disponível em: www.dgsi.pt.

Dai que a doutrina defenda que a ponderação dos interesses em presença se remeta aos efeitos circunscritos ao caso concreto quando associada à ação particular e, sequencialmente, à demonstração dos prejuízos reais na relação concreta. De acordo com o *supra* exposto, o esquema da ponderação dos interesses será assim mais acessível ao requerente fazer valer as suas pretensões.

Mas, repare-se, nas decisões do TCA SUL, de 18 de outubro de 2018 e de 18 de junho de 2020, processos n.ºs 92/18.BELSB e 1405/19.BELSB, respetivamente.

Estas duas decisões são particularmente relevantes porque em ambas o requerente é uma Associação representativa de destinatários da norma. E, desconsiderando os fundamentos da invalidade da norma (não é o que está em causa), veja-se que, aqui, estes requerentes não preenchem o pressuposto da legitimidade ativa preceituado no n.º 2 do art 130.º. Nem são os casos do presidente do órgão colegial que emitiu a norma, nem nenhuma das pessoas referidas no n.º 2 do art. 55.º que merecem uma interpretação análoga ao art.73.º, n.º 1²⁶⁹.

Assim, o tribunal considerou que apenas preencheriam a legitimidade ativa no pedido da suspensão da eficácia das normas com efeitos circunscritos ao caso concreto. Logo, há uma desvinculação ao princípio da eficácia geral e a ponderação passa a centrar-se na relação administrado e administração. Consequentemente, a demonstração dos prejuízos do *periculum in mora* e da ponderação dos interesses em presença conduzem o requerente à concreta relação jurídico-administrativa. Portanto, à concreta relação entre cada um dos seus associados e a administração.

Mas, se por um lado, na primeira decisão o TCA pronuncia-se no sentido em que os efeitos do *periculum* e da ponderação dos interesses teriam de ser demonstrados em relação a todos os associados; já na segunda decisão, o TCA refere que «*não indicou qualquer situação concreta de um seu associado que tivesse lesado com a aplicação das normas cuja eficácia quer ver suspensa*». Logo, impõe-se perguntar se na situação em que o requerente representa os destinatários da norma, este estará obrigado a demonstrar a **situação concreta de todos os seus associados**? Ou a demonstração a título exemplificativo de um concreto caso? Qual o limite?

Pese embora, a *regra* determine que a tutela subjetiva do *lesado* possa ser garantida na mera proteção da sua esfera jurídica, salvaguardando-o dos “excessos de tutela”, parece-nos, no entanto que a lógica sequencial entre a: legitimidade → efeitos da providência → demonstração dos critérios de apreciação poderá, em determinadas circunstâncias, apresentar-se como um obstáculo às pretensões

²⁶⁹ Nesse sentido, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit., p. 117 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 1.ª Ed., Coimbra, 2010, p. 117.

do *interessado*. Isto porque limitará a tutela cautelar do *interessado*, **independentemente das suas pretensões**, à tutela cautelar concreta.

§1.2.2. Os poderes do juiz cautelar na conciliação do sistema geral com o regime especial da tutela cautelar do regulamento administrativo

Como fomos referindo no decurso desta dissertação, o regime cautelar foi construído através de um sistema geral que prevê o decretamento de qualquer providência conservatória ou antecipatória que assegure o efeito útil da decisão final da ação principal, na máxima de que a cada ação corresponde uma providência cautelar. No entanto, o legislador ordinário consagrou também regimes especiais para determinadas pretensões e objetos. Regimes especiais que, no entender do legislador, merecem uma disciplina processual mais rigorosa e objetiva.

Certo é que este regime especial previsto no cap. II não deixa de acompanhar as disposições gerais do cap. I. Concludentemente, o regime da suspensão da eficácia das normas regulamentares, sendo um regime especial, não deixará a *priori* de acompanhar o regime do sistema geral.

Também já referimos que o legislador ordinário consagrou duas disposições que embora sejam comuns a todos os regimes – geral ou especial – correspondem a configurações específicas que estão previstas nos artigos 131.º e 121.º

Do decretamento provisório:

O efeito suspensivo automático e a resolução fundamentada, nos termos do art. 128.º, ladeiam, desde a sua origem no CPTA, o sistema cautelar de incertezas quanto à conciliação deste regime com o regime do art. 131.º (*maxime* o decretamento provisório), por ambos concederem uma *pré-decisão* da providência²⁷⁰. E, se esta questão no âmbito do ato administrativo é legítima, pense-se, agora, no âmbito da suspensão da eficácia da norma regulamentar em que o objeto de litígio mantém uma relação intrínseca com o princípio da eficácia geral.

O regime da suspensão da eficácia da norma regulamentar remete o seu procedimento para a disposição do art. 128.º, o que parece conduzir-nos na lógica de que se a conciliação dos regimes é

²⁷⁰ No sentido da incompatibilidade dos regimes *vide* FERNANDA MAÇÃS, «A tutela pré-cautelar em revisão: breves reflexões», CJA, n.º 106, julho/agosto de 2014, p. 109; em sentido oposto, pela compatibilidade dos regimes mas considerando que um regime exclui ou outro, *vide* ANA GOUVEIA MARTINS, «Perspetivas de evolução da tutela», CJA, n.º 79, janeiro/fevereiro, 2010, p. 27; DORA LUCAS NETO, «Meios cautelares», CJA, n.º 76, julho/ agosto de 2009, pp. 61 e ss.; na perspectiva de *iure condendo*, *vide* TIAGO DUARTE, «Providências cautelares, suspensões...», cit., nota 12, p. 84. Já no sentido da complementaridade dos regimes, *vide* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit., p.1022; e, JORGE PAÇÃO, «Breves Notas sobre os Regimes Especiais de Tutelar Cautelar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos Revisto», E-Pública Revista Electrónica de Direito Público, vol. 3, n.º 1, abril 2016. Disponível em pdf: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v3n1/v3n1a07.pdf>, pp.120 e ss.

aceite no âmbito do ato administrativo, então, também o será na tutela cautelar da norma imediatamente operativa. Mas este silogismo não garante uma firme convicção.

Em primeiro lugar, ainda existe alguma confusão entre os procedimentos dos regimes dos preceitos 131.º e 128.º. Veja-se que a providência cautelar decretada provisoriamente não determina (não determina porque o legislador não esclarece nem há desenvoltura na jurisprudência) que a entidade administrativa não possa emitir *resolução fundamentada*²⁷¹.

Em segundo lugar, o decretamento provisório poderá ser decretado sem contraditório²⁷². A doutrina tem considerado que a referência no preceito do art. 131.º, n.º 3, surge não para efeitos probatórios, antes, para a eventual detenção de obstáculos ao decretamento provisório²⁷³. Cumpre por isso compreender se há margem e fundamento jurídico para consentir ao juiz cautelar o poder de decretar provisoriamente e sem contraditório a tutela cautelar abstrata da norma regulamentar. Isto porque a sua aplicação produzirá efeitos *erga omnes* sem a consideração da complexa ponderação dos interesses que estão em “jogo”.

Posto isto, importará evidenciar a compatibilidade dos regimes e, se o forem compreender em que circunstâncias o decretamento provisório poderá colher provimento na tutela cautelar do regulamento, mormente à tutela cautelar abstrata.

Da antecipação da causa:

Determina o preceito do art. 121.º, do CPTA, com a epígrafe «*decisão da causa principal*», que: «1 - quando, existindo processo principal já intentado, se verificar que foram trazidos ao processo cautelar todos os elementos necessários para o efeito e a simplicidade do caso ou a urgência na sua resolução definitiva o justifique, o tribunal pode, ouvidas as partes pelo prazo de 10 dias, antecipar o juízo sobre a causa principal, proferindo decisão que constituirá a decisão final desse processo./2 - O recurso da decisão final do processo principal, proferida nos termos do número anterior, tem efeito meramente devolutivo.»

Estamos perante a possibilidade de o juiz cautelar determinar a convolação do processo cautelar em processo principal e dar início ao julgamento da decisão da causa.

²⁷¹ Para nós, esta ideia não prejudica efetivamente a conciliação dos dois regimes porque, em abono da verdade, o decretamento da providência cautelar provisória é uma verdadeira decisão, ao contrário do mero efeito suspensivo e, portanto, deverá vigorar até nova pronuncia, nomeadamente até aos termos do n.º 6 do art. 131.º.

²⁷² Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa: Lições ...*, cit., p. 312.

²⁷³ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit., p. 1043.

Na aplicação deste preceito, o processo abandona a sua natureza cautelar e adota a natureza de processo principal urgente²⁷⁴. E, não obstante as *técnicas da provisoriedade* e da *acessoriedade-instrumentalidade* determinarem que o processo cautelar é um processo de carácter não definitivo e meramente instrumental, a verdade é que, em determinadas circunstâncias, o processo cautelar poderá convolar-se e tornar-se definitivo.

Mas, para tanto, como bem salienta o TCA SUL, será necessária a verificação das condições preceituadas na disposição do art. 121.º, **i.e.**, a **existência cumulativa dos seguintes pressupostos**: i) já proposto pedido da ação principal; ii) que constem, no âmbito do processo cautelar, todos os elementos indispensáveis à tomada da decisão no processo principal; iii) que haja urgência na resolução definitiva do caso ou que a simplicidade do mesmo o possa justificar²⁷⁵.

Para o preenchimento do segundo pressuposto, o tribunal tem que estar convicto de que todos os elementos estão aptos a ser apreciados - «*é necessário que estejam reunidas as condições processuais que permitam a convolação, juízo a que se deve proceder com especial cuidado e para a qual, na sua formulação definitiva, será relevante a audição das partes*»²⁷⁶.

O terceiro e último pressuposto vincula uma ou outra possibilidade. Não são cumulativos. Ou a urgência na decisão antecipada da causa é suficientemente grave e necessária para evitar danos desproporcionais ao requerente - associado à própria origem do regime cautelar enquanto tutela jurisdicional efetiva; ou, o processo é de tal ordem simples que a produção de prova já trazida aos autos permita decidir da causa²⁷⁷.

A jurisprudência já decidiu com base na conciliação dos regimes:

O TCA SUL no processo n.º 659/18.2BELSB, de 30 de abril de 2020, apreciou o recurso apresentado por «*R... Designated Activity Company – Sucursal em Portugal*» contra a decisão do TAC de Lisboa que, sem oposição, antecipou o juízo da causa principal (art. 121.º) e «*por sentença de 14.06.2019, a acção foi julgada improcedente e a Entidade Demandada absolvida do pedido de declaração de ilegalidade das normas, com efeitos circunscritos ao caso concreto de A.*»²⁷⁸. A decisão limitou-se à apreciação dos factos. Uma pequena demonstração da abertura dos tribunais à conciliação.

²⁷⁴ No mesmo sentido, *vide* Ac. TCA Sul, processo n.º 10238/13, de 14 de agosto de 2013. Disponível em: www.dgsi.pt.

²⁷⁵ Cfr. Ac. TCA Sul, processo n.º 305/16.9BECTB, de 30 de março de 2017.

²⁷⁶ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit., p. 989.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 988 e ss.

²⁷⁸ Cfr. Acórdão TCA SUL, processo n.º 659/18.2BELSB, de 30 de abril de 2020. Disponível em: www.dgsi.pt.

A verdade é que não nos parece haver qualquer desvio às exigências do preceito do art. 121.º quando apreciado sobre as pretensões do art. 130.º, do CPTA. No entanto, será relevante compreender a concreta determinação do terceiro pressuposto consagrado pelo legislador no art. 121.º, quer quanto à «urgência na resolução definitiva do caso», quer quando a «simplicidade do mesmo o possa justificar», *maxime* no quadro da tutela cautelar abstrata.

Mas, se se impõe refletir sobre os limites da conciliação do art. 130.º e do art. 121.º, pense-se, na ausência dos regimes cautelares que apreciam os vícios das normas regulamentares e do *vácuo* quer do regime especial, quer de reflexões aos resultados da conciliação.

Medias cautelares a decretar:

Já dissemos anteriormente nesta exposição que a epígrafe do art. 130.º permanece inalterável desde a sua génese enquanto «suspensão da eficácia de normas», o que parece afastar qualquer outra pretensão ao seu regime. Conduzindo, inevitavelmente, a imensas questões no que à concreta medida poderá o juiz cautelar decretar.

Nesta lógica, o regime do art. 130.º parece limitar o juiz cautelar a duas medidas: a suspensão da eficácia das normas regulamentares imediatamente operativas com efeitos circunscritos ao caso concreto (art. 130.º, n.º 1) e a suspensão da eficácia da norma regulamentar com força obrigatória geral (art. 130.º, n.º 2).

Todavia, a conjugação das disposições gerais dos artigos 114.º, n. 3, al. f) e art. 120.º, n.º 3, do CPTA, conduzem quer à cumulação de medidas cautelares, quer a uma margem de conformação do juiz cautelar na determinação da concreta medida a adotar.

Como bem evidenciam MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, nos termos do art. 114.º, n.º 3, al. f), o requerente pode sempre requerer uma ou mais providências e nada parece obstar a que o tribunal aprecie pretensões cautelares alternativas ou subsidiárias²⁷⁹. No entanto, o tribunal terá que, ouvidas as partes, adotar a providência ou as providências que considere mais adequadas de acordo com as circunstâncias do caso concreto, podendo cumular ou até substituir a(s) providência(s) efetivamente requeridas (art. 120.º, n.º 3).

Já quanto ao preceito do art. 120.º, n.º 3, consideram os autores que «esta situação há de verificar-se quando o tribunal entenda que (a) a adoção da providência requerida – pelo menos, sem ser acompanhada de outras que lhe atenuem os efeitos – causaria prejuízos superiores àqueles que com ela se pretendem evitar; e, ao mesmo tempo, entenda que (b) existe outra

²⁷⁹ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit., p. 940.

providência que, se for adotada – em alternativa ou em cumulação com aquela que foi requerida -, evitará ou atenuará esse resultado, para efeitos do disposto no n.º 2, parte final»²⁸⁰.

Mas, será que o regime do art. 130.º limita as pretensões e as medidas cautelares à mera suspensão da norma, restringindo a margem de conformação do juiz cautelar? Por outras palavras: estará o juiz cautelar limitado ao “*se*” da providência, em prol do “*como*”?

§2. O sistema cautelar do regulamento administrativo

Os regimes cautelares especiais configuram desvios processuais ao sistema uniforme, consagrado nas disposições comuns do cap. I, título IV, do CPTA. No entanto, na lógico-jurídica do sistema cautelar consagrado no ordenamento jurídico português, estes regimes estão interligados ao sistema geral, mormente às características da *provisoriedade*, *instrumentalidade* e *sumariedade*.

A norma regulamentar, enquanto norma jurídica, produz os seus efeitos jurídicos pelas notas da *abstração* e da *generalidade*, o que lhe garante um vínculo indissociável com o princípio da eficácia geral. Este ponto levou o legislador ordinário a consagrar um regime cautelar especial, nos termos do art. 130.º, no cumprimento do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Todavia, como assinalamos no primeiro capítulo desta dissertação, a consagração do regime especial da tutela cautelar do regulamento não acolheu todas as pretensões que versam sobre a norma regulamentar e a apreciação dos seus vícios de invalidade. Nem tão pouco configurou um procedimento capaz de tutelar dignamente o universo subjetivo dos seus destinatários, terceiros ao litígio.

No nosso entender, a solução às ausências do direito posto passa pela construção de um subsistema de tutela cautelar do regulamento administrativo inserida no sistema cautelar geral.

Aliás, é no cumprimento da *técnica da instrumentalidade* que a regime *de iure condendo* ganha força. Trata-se de configurar uma verdadeira correspondência dos regimes estabelecidos na Secção III, Cap. II, Título II, Parte III, do CPTA, isto é, das disposições dos regimes das ações de impugnação de normas e de condenação à emissão de normas regulamentares ao processo cautelar.

As nossas considerações versarão três pontos fundamentais: i) a determinação das pretensões a configurar no sistema cautelar do regulamento administrativo (**§2.1**); ii) a concreta medida a adotar no regime especial da tutela cautelar do regulamento administrativo e os limites ao poder de conformação

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 982.

do juiz cautelar (§2.2); e por fim, iii) o procedimento do regime *de iure condendo* da tutela cautelar do regulamento administrativo (§2.3).

§2.1. A determinação das pretensões a configurar no sistema cautelar do regulamento administrativo

§2.1.1. A tutela cautelar principal do regulamento administrativo

No quadro comparativo apresentado nesta dissertação verificamos que o legislador português apresenta um regime particularmente distinto, não só ao nível procedimental do regime cautelar, mas também das próprias pretensões da ação principal.

O controlo judicial dos regulamentos administrativos a **título principal** tem configurado um **pendor objetivo** visando a eliminação da ilegalidade das normas de todo o ordenamento jurídico. Tanto mais que, no quadro comparativo, o controlo judicial a título principal das normas regulamentares está associado à produção de efeitos com força obrigatória geral e o controlo judicial a **título incidental** aos efeitos circunscritos ao caso, num **caráter subjetivo** da apreciação da ilegalidade do regulamento, relacionado com a prossecação da tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses dos cidadãos.

Em Portugal, o legislador do CPTA configurou duas pretensões à fiscalização da norma regulamentar a título principal: i) a produzir efeitos com força obrigatória geral, nos termos do art. 73.º, n.º 1, e ii) com efeitos circunscritos ao caso concreto, nos termos do art. 73.º, n.º 2. Em ambas, o legislador configurou o conceito de “*declaração de ilegalidade*”, estabelecendo efeitos distintos para cada fundamento do pedido, sejam a simples ilegalidade ou fundamentos de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade reforçada), respetivamente.

No entanto, a declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos mais não é que uma “*desaplicação*” ou “*afastamento*” da norma ilegal àquele caso concreto. Contudo, no nosso entender, não deve, por produzir os mesmos efeitos que a tutela incidental, ser interpretada como uma apreciação ao mero caráter subjetivo da ilegalidade.

Seguindo ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, em causa não está uma apreciação *prima facie* das circunstâncias do caso concreto ou até das implicações que decorrem do litígio, antes, uma apreciação aos problemas de constitucionalidade ou de ilegalidade reforçada. Como a autora assinala é *um outro mecanismo* de controlo da inconstitucionalidade ou da ilegalidade reforçada, que poderá ser

interpretado enquanto «*mecanismo híbrido, assumindo-se como uma forma de controlo principal e abstrato, ainda que com efeitos restritos ao caso*»²⁸¹.

Neste sentido, entendemos que a tutela cautelar principal da norma regulamentar deverá conduzir o juiz cautelar à configuração do pedido enquanto qualificação jurídica da norma e não meramente às implicações que decorrem do litígio na esfera do seu requerente.

No entanto, diga-se, não poderemos assumir este regime como meramente objetivo, isto porque há uma associação à demonstração de *prejuízos* na esfera jurídica do *interessado*, remetendo os fundamentos e a produção de prova do litígio à proteção dos direitos e interesses dos cidadãos.

O pender objetivista do regime da fiscalização da ilegalidade da norma a título principal não exclui o pendor subjetivista associado aos prejuízos que a ilegalidade provocará na esfera dos interessados do litígio.

Aliás, igual raciocínio na esfera de toda a tutela principal porque só assim podemos compreender o regime do art. 73.º, n.º 1, al. a) e n.º 2, do CPTA, e a sua inclusão do pressuposto da legitimidade ativa às ações particulares no cumprimento do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

O controlo judicial *directo* dos regulamentos administrativos não visa apenas a proteção de interesses gerais e difusos, versa também sobre os interesses particulares dos administrados.

Neste sentido, entendemos que se o regime da ação principal procura garantir adequada tutela aos interesses gerais, difusos e particulares dos administrados, não pode, o regime cautelar “*fechar a porta*” às pretensões que versam os interesses dos particulares no que respeita aos fundamentos de simples ilegalidade com força obrigatória geral.

Por seu turno, a tutela principal dos fundamentos de inconstitucionalidade e de ilegalidade reforçada, seguindo o regime configurado nos termos do art. 73.º, n.º 2, não garante uma tutela de interesses gerais e coletivos - em harmonia com a jurisdição constitucional -, limitando o regime à tutela dos interesses particulares dos administrados com efeitos circunscritos ao caso.

§2.1.2. A tutela cautelar incidental e concreta da norma regulamentar mediatamente operativa

²⁸¹ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit., p. 101.

O legislador no art. 73.º, do CPTA, consagrou tanto regimes de impugnação que versam diretamente a apreciação da invalidade da normas, qualquer norma; como, também, configurou nos termos do art. 73.º, n.º 3, al. a), a possibilidade do autor impugnar o ato administrativo inválido por aplicação de norma inválida.

No primeiro capítulo da dissertação evidenciamos que pese embora o art. 130.º se configure enquanto regime de tutela cautelar dos regulamentos administrativos, estão ausentes das pretensões que o legislador consagra na disposição, as pretensões que visam acautelar os efeitos do regime da tutela incidental e concreta.

Neste sentido, repare-se, o interessado da suspensão da eficácia do ato administrativo com fundamentos em vícios de inconstitucionalidade da norma mediatamente operativa, poderá valer-se do prazo da declaração de ilegalidade da norma previsto no art. 74.º, do CPTA²⁸², sendo certo que o pressuposto da tempestividade é também uma exceção dilatória do processo cautelar, pelo seu caráter *instrumental* com a ação principal.

Assim, o interessado sempre poderá fundamentar o seu pedido de desaplicação da norma regulamentar por vícios de inconstitucionalidade e de carência absoluta de forma legal, ou de preterição de consulta pública exigida por lei, nos termos do art. 74.º, n.º 1, do CPTA - configurando uma *nulidade atípica* por se desviar das regras-gerais do art. 58.º, n.º 1, al. b), do CPTA²⁸³.

Soma-se os efeitos da desaplicação da norma no âmbito da sistematização da tutela regulamentar. Nos termos do art. 73.º, n.º 4, quando o Ministério Público tenha conhecimento de três decisões de desaplicação de uma norma com fundamento na sua ilegalidade pode pedir a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral.

«Trata-se de facilitar a expurgação do ordenamento jurídico de normas inválidas, promovendo o princípio da juridicidade da Administração, mas também a proteção da confiança e a segurança jurídica»²⁸⁴.

Uma clara demonstração da relevância dos regimes de desaplicação de normas no cumprimento do princípio da certeza e segurança jurídicas, e no princípio da estabilidade do ordenamento jurídico que, aliás, deverá, no mesmo sentido, configurar semelhante preceito, no âmbito cautelar, quando o juiz cautelar possa decidir, fundamentadamente, a evidente ilegalidade da norma.

²⁸² No mesmo sentido, *vd.* FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «A impugnação contenciosa, direta e indireta ...», cit., 27.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «O Controlo Judicial do Exercício...», cit., p. 95.

Ainda, entendemos também que no ordenamento jurídico português deverá ser admitida a cumulação dos pedidos de tutela cautelar principal e abstrata com os pedidos de tutela incidental e concreta da norma mediatemente operativa. Tanto mais que a suspensão da eficácia das normas regulamentares não produz efeitos retroativos, logo, não afetará os atos administrativos já emitidos na vigência da norma regulamentar²⁸⁵.

Assim, a preterição cautelar da licença de construção requerida poderá cumular os pedidos de tutela cautelar principal e abstrata das normas mediatemente operativas inseridas no plano urbanístico - tal como poderá ser formulado no âmbito da ação principal de acordo com o art. 4.º, n.º 2, al. b) -, desde que o requerente demonstre os pressupostos processuais das duas pretensões.

Mas cumpre lembrar que este pedido cautelar, meramente exemplificativo, apenas poderá ser requerido através da ação pública, proposta pelo MP, por analogia ao art. 73.º, n.º 3, al. b), não obstante o impulso do MP (poder) seguir-se de requerimento de pessoas e entidades referidas no n.º 2 do art. 9.º, com a faculdade destas se constituírem como assistentes. Preceito que vem consolidar o papel do MP no contencioso administrativo na defesa de bens e valores caros à comunidade.

Posto isto, não obstante seguirmos as considerações da doutrina administrativista, remetendo as pretensões da tutela incidental e concreta para o regime da suspensão da eficácia do ato administrativo²⁸⁶, a verdade é que a apreciação dos fundamentos do pedido vinculam a decisão aos fundamentos de ilegalidade da norma. Logo, deve ser integrada nas pretensões do sistema cautelar da norma regulamentar.

§2.1.3. A intimação à emissão de normas devidas

O sistema cautelar português de direito posto não consagra um regime especial instrumental à ação de condenação de normas, previsto no art. 77.º, do CPTA. Por conseguinte, o requerimento que verse sobre a intimação à emissão de normas devidas apenas poderá seguir os termos do regime-regra previsto no art. 112.º, n.º 1, enquanto medida antecipatória.

A jurisprudência do STA tem apreciado as ações de condenação à emissão de normas sobre três requisitos cumulativos, o que aliás a doutrina já apontou, a saber:

²⁸⁵ Seguindo a doutrina alemã, in: FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz* ..., cit., n.m. 586, p. 206.

²⁸⁶ Nesse sentido, vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit., p. 117 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo* ..., cit., p. 117.

i) a necessidade de emitir regulamentos administrativos seja considerada, sem margem para dúvidas, como exigência da lei;

ii) a emissão do regulamento seja necessária para dar exequibilidade a atos legislativos carentes de regulamentação; e,

iii) que a obrigação da prática do regulamento já se tenha tornado exigível («*obrigação de direito público vencida e exigível*»²⁸⁷)²⁸⁸.

A bem dizer, a jurisprudência do STA tem defendido uma interpretação literal do preceito. Entende que, quanto ao primeiro requisito, trata-se da exigência de um *reenvio legal* expresso (ou, por outras palavras, de uma *imposição legal expressa*) para a necessária emissão de regulamentos.

Assim, será indispensável a configuração na própria lei da concretização ou do desenvolvimento da normatização jurídica administrativa. Por conseguinte, a doutrina tem apontado - seguindo a interpretação do STA - que apenas poderão ser compreendidos no preceito do art. 77.º quer os regulamentos de execução, quer os regulamentos complementares, estando excluídos, pelo seu grau diminuto com a lei, os regulamentos independentes²⁸⁹.

Neste sentido, a preterição do autor poderá consistir no incumprimento do prazo estabelecido pela lei habilitante ou, no caso deste ser omissivo, como decorre do art. 137.º, n.º 1, do CPA, quando tenha decorrido o prazo geral de 90 dias, o autor poderá (tal como prevê o legislador no âmbito do CPA para a tutela administrativa, nos termos do art. 137.º, n.º 2) valer-se do mesmo prazo no âmbito jurisdicional.

Em caso de provimento, o concreto efeito da decisão da causa determina a vinculação da entidade administrativa a suprir a emissão do regulamento devido, dentro de determinado prazo estabelecido pelo tribunal (art. 77.º, n.º 2, quanto à sanção pecuniária compulsória, *vd.* 164.º, n.º 4, al. d) e 169.º do CPTA).

Agora, veja-se que a tutela cautelar configura um processo dependente e autónomo do processo principal com o objetivo de assegurar o efeito útil da decisão principal evitando e corrigindo o *periculum in mora*, seja através de medidas que conservem a situação jurídica do requerente, seja através de medidas que alterem a situação jurídica do requerente.

²⁸⁷ Com referência ao Ac. STA de 12 de junho de 2012, processo n.º 0337/11. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

²⁸⁸ Neste sentido, *vide* MANUEL SIMÕES AZENHA, «*O regime de impugnação das normas regulamentares: especial conformação legal da ação proposta pelo Ministério Público*» e PEDRO MONIZ LOPES, «*A declaração de ilegalidade por omissão de planos urbanísticos*», in: Contencioso dos Planos Urbanísticos, Coleção Formação Contínua, outubro de 2018, publicado pelo Centro de Estudos Judiciários. Disponível em pdf: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContenciosoUrbanistico2018.pdf; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit., p. 107.

²⁸⁹ Para mais desenvolvimentos, *vide* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código...*, cit. pp. 545 e ss.

No entanto, o processo cautelar poderá também convolar-se em processo principal se estiverem reunidas as condições do art. 121.º, do CPTA.

Ora, entendemos que o cumprimento dos três requisitos poderá estar naturalmente relacionado com o processo cautelar de intimação à emissão de normas. Primeiro, está unicamente reservada à vontade do requerente a propositura da ação principal. Segundo, a produção de prova é tendencialmente assente na prova documental. E, terceiro, por último, é próprio do regime de condenação à emissão de normas estabelecer – isto é, já é pressuposto do provimento da ação principal - a demonstração de que a obrigação da prática do regulamento se tenha tornado exigível e, portanto, seja urgente a emissão do regulamento administrativo.

Soma-se, em caso de não ser entendido o preenchimento do art. 121.º, a necessária reflexão sobre os efeitos da providência cautelar.

O regime do art. 77.º, do CPTA, versa tanto sobre os interesses particulares, presente na legitimidade ativa da ação particular, - «*quem alegue um prejuízo diretamente resultante da situação de omissão*» - como, no mesmo sentido, interesses gerais através da ação pública e de interesses difusos através da legitimidade ativa concedida à ação popular.

Ainda, a produção de efeitos da ação de condenação à emissão de normas visa a emissão de regulamentos, conduzindo às características da abstração e da generalidade. Logo, entendemos que as particularidades da norma – a *abstração* e *generalidade* – configuram desvios ao sistema geral das providências cautelares.

Em causa, estará novamente o pendor objetivista de condenar a administração a preencher o vazio normativo existente, mas que não se poderá configurar, em concreto, no “como” da disposição normativa a preencher.

Daí que, os interesses que possam versar estas pretensões não se refletem exclusivamente na relação concreta de administrado-administração. Estarão também associados a interesses gerais e difusos que versam, em exclusivo, a necessária emissão de regulamentos na relação abstrata dos administrados com a administração. Lógica intrinsecamente associada à demonstração dos critérios de decretamento. Também aqui, estará em causa a demonstração do *periculum in mora* e da *ponderação de interesses* que afetam uma generalidade de pessoas.

Por fim, cumpre salientar, o TCA Sul já se pronunciou sobre a pretensão que versa a *correção da norma ilegal* ou o direito à correção da «*regulamentação insatisfatória ou deficiente*» pelo meio

processual da condenação à emissão de normas devidas. No Acórdão do TCA Sul de 09 de dezembro de 2010, processo n.º 02161/06, o tribunal entendeu não ter cabimento conhecer a regulamentação insatisfatória ou deficiente pelo meio do art. 77.º, do CPTA.

Para o TCA, o tribunal, no âmbito do regime 77.º, não poderá indagar ou verificar da reconstrução hipotética do caminho da elaboração normativa regulamentar, isto é, do determinado conteúdo que a Administração deveria ter seguido e não seguiu, a sua apreciação cinge-se ao vazio jurídico que a falta de normatização administrativa deixa no ordenamento jurídico²⁹⁰.

Certo é que esta posição jurisprudencial parece afastar a possibilidade de, no âmbito cautelar de intimação à emissão de normas, o requerente solicitar a intimação à correção da norma, e proceder a um regime de acordo com o configurado no preceito do art. 132.º, n.º 5, CPTA.

§2.2. A concreta medida a adotar no regime especial da tutela cautelar do regulamento administrativo e os limites ao poder de conformação do juiz cautelar

Desde a configuração do regime cautelar especial correspondente às ações de impugnação de normas regulamentares, no preceito do art. 130.º que a sua epígrafe permanece inalterável enquanto «*suspensão da eficácia de normas*», o que presume limitar os poderes do juiz cautelar ao “se” da providência.

Neste sentido, segundo o disposto no art. 130.º, o regime está limitado à suspensão da eficácia com efeitos circunscritos (n.º 1) e com força obrigatória geral (n.º 2), afastando outras medidas que poderão ser mais adequadas ao caso concreto, em harmonia com o princípio da proporcionalidade e da menor interferência possível.

A bem dizer, a “*rigidez*” dos poderes do juiz cautelar, na mera determinação da suspensão da norma, teve, em nosso entender, consequências na própria configuração do pressuposto da legitimidade ativa associada ao princípio da proporcionalidade. O legislador ordinário, salvaguardando os *lesados* dos “excessos de tutela” associados à tutela principal e abstrata, e no cumprimento do princípio da proporcionalidade, *restringiu as* pretensões da ação particular à tutela cautelar principal e concreta, mesmo que as pretensões de proteção individual e os fundamentos do requerente possam versar sobre a produção de efeitos gerais.

Mas, pese embora no contexto do regime cautelar do ato administrativo esta “*rigidez*” possa ser compreendida porque se limita à proteção individual do administrado com efeitos circunscritos, a verdade

²⁹⁰ Posição contrária assume ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, in: ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «*O Controlo Judicial do Exercício...*», cit., p. 108.

é que a tutela cautelar do regulamento deverá configurar - atendendo às particularidades do regime enquanto caráter objetivista e do princípio da eficácia geral associado ao próprio objeto de litígio – uma configuração que atenda quer às necessidades da proteção individual, quer às necessidades de proteção geral. Logo, entendemos nós, que deverá configurar um regime mais “flexível”, mormente na determinação da concreta medida a adotar.

Neste sentido, os processos cautelares que versam diretamente sobre a ilegalidade das normas compreendem uma maior complexidade, tanto nas matérias, como quanto às partes, e, para além do mais, a produção de efeitos com força obrigatória geral não poderá desconsiderar a estabilidade do ordenamento jurídico. Ora, e é ao juiz cautelar que caberá apreciar, fundamentadamente, os impactos que a medida cautelar produzirá no ordenamento jurídico, na menor interferência possível e de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Nestes termos, somos da opinião que o juiz cautelar poderá conservar o *status quo* do requerente dos processos cautelares instrumentais às ações de impugnação de normas regulamentares a título principal, através do princípio da atipicidade e da medida que considere mais adequada ao caso concreto.

Assim, entendemos nós, entre as medidas possíveis estarão: a possibilidade do juiz cautelar suspender parcialmente a norma regulamentar (em vez da suspensão “absoluta” da disposição), por exemplo, decretar a suspensão de certas obrigações contidas na norma regulamentar objeto de litígio que considere, fundamentadamente, desproporcionais. Ou, no âmbito dos processos cautelares da tutela principal e abstrata, a suspensão da eficácia a certos destinatários. Ou a imposição de condições à exequibilidade da norma²⁹¹.

A circunstância do caso ditará, de acordo com o princípio da proporcionalidade e da menor interferência possível, a medida mais adequada a decretar.

Já referimos que no âmbito da intimação à emissão de normas, a análise jurisprudencial da ação principal parece afastar do processo cautelar a intimação à correção de normas regulamentares, mas poderá o juiz cautelar, no processo cautelar especial da tutela de regulamentos administrativos, determinar a sua imediata correção e decidir o mérito da causa nos termos do art. 121.º, se, para tanto,

²⁹¹ No mesmo sentido, KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47, n. m. 169 e 170, pp. 633; FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, ..., cit., p. 534, e MERCEDES FUERTES «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», ..., cit., p. 82.

considerar demonstrada a ilegalidade da norma na prova documental fundamento do processo principal²⁹²?

No nosso entender, e seguindo a posição da perspectiva alemã, a *instrumentalidade* do processo cautelar com o processo de impugnação de normas, que segue os termos do art. 73.º do CPTA, está associada à lógica da técnica da *antecipação*. Logo, os poderes do juiz cautelar estão limitados aos poderes atribuídos ao juiz da causa²⁹³.

Assim, se no âmbito da ação principal o requerente não obtiver a condenação à emissão de normas, no plano cautelar, não poderá assegurar um efeito antecipatório ao seu *status quo*, ou seja, não poderá o juiz cautelar decidir intimar a administração à correção da norma.

Portanto, ainda no cumprimento dos requisitos do art. 121.º, do CPTA, o raciocínio será o mesmo: se o pedido se restringir à declaração de ilegalidade da norma, então, não poderá o juiz, mesmo na convalidação de pedidos, condenar a administração à correção de normas regulamentares.

Mas, poderá o juiz cautelar intimar a administração à emissão de normas na cumulação dos pedidos cautelares das ações de declaração de ilegalidade e de condenação à emissão de normas devidas?

Em primeiro lugar, cumpre saber se a cumulação das pretensões é possível no âmbito da ação principal.

Ora, não obstante tal cumulação não estar consagrada na norma enumerativa do n.º 2, do art. 4.º do CPTA, cremos que a cumulação poderá preencher os requisitos do seu n.º 1, tal como parece não haver dúvidas na doutrina e jurisprudência na cumulação dos pedidos de impugnação de atos administrativos e de condenação à prática de atos devidos. A lógica será a mesma, «*reconstituir a situação que existiria se o ato ilegal [a norma alegadamente inválida] não tivesse sido praticado e dar cumprimento aos deveres que não foram cumpridos com fundamento nesse ato*»²⁹⁴.

No entanto, será sempre necessária a demonstração dos pressupostos processuais dos dois pedidos. Assim, sucintamente, não bastará a demonstração no interesse da declaração de ilegalidade

²⁹² Tendo presente as considerações de ISABEL CELESTE M. FONSECA in: ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Curso de Direito Processual Administrativo...*, cit. p. 146.

²⁹³ Para mais desenvolvimentos sobre o tema, vide KOPP/ SCHENKE, *VwGO...*, cit., em anotação ao §47, ns. ms. 150 a 156, pp. 627 a 629; FINKELNBURG/ DOMBERT/ KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz ...*, cit., p. 217; FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht, ...*, cit., p.534.

²⁹⁴ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código ...*, cit., pp. 1279 e ss. No mesmo sentido, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa: Lições ...*, cit., p. 157.

da norma. Será também necessária a demonstração, sem margem para dúvidas, de que o legislador ordinário vinculou a entidade administrativa à emissão de normas regulamentares que darão exequibilidade à lei. Nesta lógica, os regulamentos independentes estarão, a par das considerações da ação de condenação, excluídos desta cumulação.

Portanto, no nosso entender, a cumulação de pedidos da impugnação de normas e de condenação à emissão de normas promove, cumprindo os requisitos estabelecidos no CPTA, uma sequência lógica, entre:

A declaração de ilegalidade da norma → o vazio jurídico → a omissão da administração na exequibilidade da lei → e a condenação à emissão de normas devidas.

Agora, impõe-se perguntar, se a cumulação de pedidos for aceite no âmbito da ação principal, a cumulação cautelar também o será, tornando possível a intimação à correção de normas?

No que à cumulação de pedidos cautelares concerne, seguimos o entendimento da doutrina alemã: os regimes que preenchem o sistema da tutela cautelar do regulamento administrativo são cumulativos.

Neste sentido, em primeiro lugar, entendemos que os pedidos de tutela cautelar principal e abstrata podem ser cumulados com os pedidos de tutela cautelar incidental e concreta. A bem dizer, só assim se compreenderá o art. 4.º, n.º 1, do CPTA, enquanto disposição geral.

Em segundo lugar, admitindo a cumulação de pedidos no âmbito do sistema da tutela cautelar do regulamento administrativo, desde que se mostre a necessidade de acautelar as duas pretensões, podemos dizer que *a priori* poderá também compreender os pedidos de impugnação e condenação. Todavia, para além do atual regime não configurar a possibilidade da medida antecipatória de condenação à emissão de normas devidas vir a produzir efeitos gerais, sendo, no limite, admitido nos termos do art. 112.º, n.º 1; também devemos ter em conta que as decisões cautelares têm um caráter instrumental e provisório.

E é o caráter instrumental e provisório, associado à *técnica da antecipação*, que vinculam o juiz cautelar aos limites do juiz da causa, mas também, em simultâneo, impedem que a medida cautelar possa conduzir à irreversibilidade da decisão da causa. Tanto mais que a ponderação dos interesses em presença da intimação da administração à correção de normas poderá ser excessiva quando comparados os prejuízos da concessão da medida provisória e o sucesso da ação principal.

Contudo, somos da opinião, se os requisitos do art. 121.º estiverem preenchidos, tornando a decisão definitiva, e a cumulação de pedidos for viável, nada poderá obstar a intimação da administração

à correção de norma, quando o requerente tenha cumulado a tutela cautelar da ação de impugnação com a tutela cautelar de condenação. Aliás, só assim se poderá compreender o princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Mas, cumpre evidenciar que corrigir não é substituir a norma regulamentar inválida.

A substituição da disposição, defendida por EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA/ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, mesmo a produzir efeitos na esfera individual do requerente²⁹⁵, provocaria, como bem salienta MERCEDES FUERTES, uma nova era no princípio da separação de poderes, pondo em risco quer a função administrativa, quer a função jurisdicional²⁹⁶.

Daí que, no limite, o poder jurisdicional só possa condenar a administração à mera correção da norma e não, a definir o “como” da disposição, mesmo que, veja-se, na apreciação da norma inválida o tribunal possa definir “*requisitos mínimos*” de validade. No entanto, não poderá a função jurisdicional ditar a norma regulamentar, tal como dispõe o legislador espanhol nos termos do art. 71.º, n.º 2, da LJCA.

§2.3. O procedimento do regime *de iure condendo* da tutela cautelar do regulamento administrativo: os desvios ao sistema cautelar uniforme

As fragilidades do regime do art. 130.º são já muitas, no entanto, não poderemos descorar as dúvidas sentidas a aplicação do art. 128.º (*ex vi* 130.º, n.º 4), mormente no que ao princípio da tutela jurisdicional efetiva concerne.

Nesta senda, como salientamos no primeiro capítulo desta dissertação, o regime do art. 128.º, n.ºs 1 e 2, aplicado ao regime cautelar do regulamento não promove dignamente a tutela efetiva do universo subjetivo de destinatários, nem tão pouco a configuração do incidente da declaração de atos de execução indevida, previsto nos n.ºs 3 a 6, do art. 128.º, se mostra suficientemente equitativa, conduzindo o juiz cautelar a uma *pré-decisão* sem garantir uma adequada repartição dos riscos em litígio.

Posto isto, é chegada a hora do legislador prever um regime cautelar que configure dignamente a esfera jurídica de todos os interessados em litígio através de um regime *de iure condendo* que dê particular atenção às características da norma regulamentar em cumprimento com as exigências do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

²⁹⁵ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, ..., cit., p. 627.

²⁹⁶ Cfr. MERCEDES FUERTES «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», ..., cit., p. 82.

Na nossa opinião, o regime cautelar do regulamento administrativo – o regime cautelar da tutela principal - deverá integrar o procedimento do sistema cautelar uniforme, e configurar desvios ao procedimento quando as características do objeto de litígio, bem como os efeitos a produzir na sentença cautelar, o possam exigir.

No fundo, entendemos que o legislador deverá abandonar a técnica do efeito suspensivo automático e integrar o *modus procedendi* do regime cautelar do regulamento, a título principal, na tramitação processual consagrada no sistema geral.

Neste sentido, a eliminação do efeito suspensivo automático do regime da tutela cautelar principal e, por conseguinte, a sua imediata exequibilidade, não afetará, cremos, os efeitos da decisão final da causa. O requerente encontrará sempre *amparo* no que à urgência de acautelar a execução imediata da norma concerne, através do regime de decretamento provisório, previsto no art. 131.º, do CPTA.

Todavia, no suporte desta proposta, a imprescindibilidade do regime do art. 131.º leva-nos a configurar no subsistema da tutela cautelar do regulamento, um regime de decretamento provisório pensado para as necessidades da norma regulamentar.

Posto isto, podemos ir mais longe na proposta e configurar critérios objetivos ao decretamento provisório da medida cautelar principal do regulamento administrativo, de modo a garantir uma adequada repartição de riscos através de uma apreciação ao *fumus boni iuris*.

No entanto, cumpre assinalar, não obstante a nossa proposta compreender o art. 131.º e a sua aplicação ao incidente da declaração de atos de execução indevida, de acordo com o art. 128.º, n.ºs 4 a 6 *ex vi* 131.º, n.º 5, entendemos que é urgente uma verdadeira reflexão ao regime. Em causa, não estará a mera apreciação à *resolução fundamentada* que no regime *de iure condendo* não terá consagração, apenas, a apreciação ao alegado incumprimento do decretamento provisório.

Ainda no incidente, se a execução da norma regulamentar se revelar imprescindível, entendemos que poderá ser sempre aplicado o regime do n.º 6, do art. 131.º, e, desta forma, o requerido poderá solicitar o levantamento do decretamento, sendo decidido por aplicação do n.º 2, do art. 120.º, do CPTA.

Outro importante desvio deverá estar relacionado com as partes em litígio, quando a pretensão cautelar versa sobre a tutela cautelar abstrata da norma. Para nós, a afetação dos efeitos com força obrigatória geral, acolhendo um universo subjetivo de destinatários com igual intensidade na produção dos seus efeitos, não poderá estar afastada da configuração do procedimento jurisdicional, ainda que, cautelar.

Assim, entendemos que a remissão prevista no n.º 4, do art. 130.º para o disposto no art. 81.º, n.º 3 deverá ser mantida no regime *de iure condendo*, afastando o regime da regra geral prevista no art. 114.º, n.º 3, al. d).

O objetivo será dar conhecimento a todos os potenciais terceiros interessados no litígio, de modo a permitir aos contrainteressados, se entenderem, participar no processo cautelar nos termos gerais.

No mesmo sentido, a tutela cautelar principal a produzir efeitos gerais, deve, na nossa opinião, configurar uma disposição que cumpra o princípio da publicidade de acordo com a exigência constitucional prevista nos termos do art. 119.º, n.º 1, al. g), da CRP. Deste modo, a produção de efeitos gerais da medida cautelar da norma regulamentar dependerá da respetiva publicação, a fazer no Diário da República, sem prejuízo de tal publicação poder ser feita também na publicação oficial da entidade pública, e na Internet, no sítio institucional da entidade em causa.

Já no que à tutela cautelar com efeitos circunscritos concerne, pese embora a publicidade nos termos do art. 81.º, n.º 3 se possa revelar excessiva, poderá, no nosso entender, qualquer terceiro participar no processo, seja contrainteressado aos efeitos a produzir na relação concreta, seja beneficiário que pretenda a mesma salvaguarda à sua esfera jurídica. Para este último, entendemos que sempre poderá participar no processo cautelar através do regime da coligação, previsto nos termos gerais do art. 12.º, do CPTA.

Por último, a tutela cautelar do regulamento poderá produzir efeitos distintos.

Quando estejam em causa fundamentos de inconstitucionalidade ou de ilegalidade reforçada, pese embora o seu caráter objetivo determinar a configuração do regime enquanto tutela principal e abstrata, a harmonização da jurisdição constitucional e administrativa vinculou o legislador ordinário à produção de efeitos circunscritos. A lógica da ação principal do regime previsto no art. 73.º, n.º 2, deve ser mantida à tutela cautelar. Neste raciocínio, os efeitos circunscritos, tal como no direito posto, configuram os critérios de decretamento à demonstração do *periculum in mora* e dos *interesses em presença* à relação concreta entre o administrado/requerente e o requerido/administração.

Por seu turno, a tutela cautelar principal a produzir efeitos gerais, quando em causa estejam interesses gerais e difusos compreenderá a relação abstrata dos administrados com a administração. Mas, pese embora possamos defender que o regime cautelar da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral não deverá seguir os termos do art. 130.º, n.º 1 - porque limita as pretensões do

interessado aos efeitos circunscritos ao seu caso -, não desconsideramos, de todo, que a tutela abstrata poderá (diga-se, na maioria das situações) se revelar “*excessiva*”.

Ora, tal como a doutrina alemã tem defendido no que à tutela cautelar principal que visa a proteção individual na mera relação concreta entre o requerente e a administração, os critérios de decretamento também se deverão limitar às demonstrações desta, não lhe exigindo os prejuízos da vigência da norma à generalidade dos destinatários. Assim, se a pretensão do *lesado* com um *interesse direto e pessoal* na medida cautelar se configurar exclusivamente aos efeitos circunscritos ao caso, os critérios de decretamento limitar-se-ão às demonstrações do *periculum in mora* e da *ponderação de interesses* na sua relação concreta com a administração.

Assim, na nossa opinião, o regime da tutela cautelar do regulamento administrativo deverá abarcar qualquer pretensão dos regimes de impugnação de normas e de condenação à emissão de normas num sistema integrado ao sistema geral, mas que tenha em consideração as particularidades da norma, quer na conservação dos efeitos anteriores à vigência, quer na antecipação de efeitos quando verse sobre a omissão de normas devidas.

§3. Um esboço da proposta de iure condendo do art. 130.º

Para concluir esta investigação e porque a proposta deste estudo visa a configuração de um regime *de iure condendo*, entendemos ser útil agregar as nossas considerações e apresentar, em concreto, uma proposta à nova redação do art.130.º.

Assim, na nossa proposta, a configuração do regime do art. 130.º apresenta quatro artigos:

i) o art. 130.º: configura os pressupostos processuais, *maxime* o pressuposto da legitimidade e os *fundamentos ao pedido*;

ii) o art. 130.º -A: associado ao princípio da publicidade, que deverá configurar um desvio ao regime-regra quando as pretensões do requerente versem a produção de efeitos gerais, tanto nas medidas conservatórias como antecipatórias;

iii) o art. 130.º-B: o desvio ao regime de decretamento provisório, o qual, acresce a necessária verificação do *fumus boni iuris*, procurando repartir os riscos da ausência do direito ao contraditório; e, por fim,

iv) o art. 130.º-C: versa exclusivamente a proteção dos efeitos da norma que, no âmbito cautelar, o juiz tenha apreciado a evidência da sua ilegalidade em três decisões. Uma manifesta *instrumentalidade*

ao art. 73.º, n.º 4, com o objetivo de salvaguardar os efeitos de norma ilegal reagindo em tempo útil à decisão da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral.

130.º: Medida cautelar do regulamento administrativo

1. *Pode pedir medida conservatória dos efeitos de qualquer norma regulamentar, com alcance geral, quem tenha deduzido ou se proponha deduzir pedido de declaração de ilegalidade dessa norma com força obrigatória geral.*

2. *Sem prejuízo do número anterior, o interessado que tenha deduzido ou se proponha deduzir pedido de declaração de ilegalidade de norma com força obrigatória geral, pode requerer medida cautelar conservatória dessa norma com efeitos circunscritos ao seu caso.*

3. *O interessado na declaração da ilegalidade de norma que incorra em qualquer dos fundamentos de ilegalidade previstos no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa emitida ao abrigo de disposições de direito administrativo cujos efeitos se produzam imediatamente, pode requerer medida conservatória com efeitos circunscritos ao seu caso.*

4. *Quem tenha deduzido ou se proponha deduzir pedido de desaplicação da norma pode pedir a suspensão da eficácia do ato administrativo contra o ato administrativo de aplicação, para o qual é aplicável o disposto nos artigos 128.º e 129.º.*

5. *Quem tenha deduzido ou se proponha deduzir pedido de condenação à emissão de normas pode pedir a intimação à emissão de norma devida.*

130.º-A: Anúncio e publicidade

1. *Aos casos previstos no artigo anterior, quando a medida cautelar produza efeitos com força obrigatória geral, aplica-se o disposto no art. 81.º, n.º 3, com as necessárias adaptações.*

2. *Nos casos do número anterior, a produção de efeitos gerais da medida cautelar da norma regulamentar depende da respetiva publicação, a fazer no Diário da República, sem prejuízo de tal publicação poder ser feita também na publicação oficial da entidade pública, e na Internet, no sítio institucional da entidade em causa.*

130.º-B: Decretamento provisório

1. *Quando seja provável que a pretensão formulada ou a formular no processo principal venha a ser julgada procedente, pode o juiz, no despacho liminar, a pedido do requerente ou a título oficioso, decretar provisoriamente a providência.*

2. *Aos casos previstos no presente artigo é aplicável o art. 131.º, com as necessárias adaptações.*

130.º-C: Efeitos à evidente ilegalidade

O Ministério Público poderá propor medida cautelar, com alcance geral, quando tenha conhecimento de três decisões cautelares com fundamento na evidente ilegalidade da norma regulamentar.

CONCLUSÃO

CAPÍTULO I.

§1.

1. O regime da suspensão da eficácia da norma regulamentar foi concretizado pelo legislador ordinário em 1940, limitando as pretensões do requerente aos regulamentos emitidos pelos órgãos da administração local e regional.

2. No entanto, o ETAF de 1984 e a LPTA deixaram de fora o regime que até ao CPTA de 2002, foi considerado, reiteradamente, pela jurisprudência do próprio TC como meio processual inconstitucional.

3. A bem dizer, só com a grande reforma da jurisdição administrativa que aprovou o CPTA de 2002, perante um novo quadro jurídico-político, a suspensão é consagrada à tutela cautelar da norma regulamentar como forma de garantir a utilidade da sentença do regime de impugnação de normas e, pela primeira vez, a tutela cautelar das normas estendeu-se às normas emitidas pelos órgãos da administração central.

4. O novo quadro-cautelar do CPTA de 2002, consagrou, como regime especial, o regime da tutela cautelar do regulamento administrativo, no preceito do art. 130.º, do CPTA.

4.1. Contudo, manteve um único meio processual para duas pretensões com força obrigatória geral e efeitos circunscritos, tal como o regime da ação de impugnação de normas imediatamente operativas.

4.2. A epígrafe do art. 130.º permanece, desde a sua génese, enquanto «*suspensão da eficácia de normas*».

4.3. Quanto ao *modus procedendi* é aplicável, também desde a sua génese, o regime da suspensão da eficácia de atos administrativos, previsto nos termos do art. 128.º e 129.º.

5. Assim, concluímos que volvidos quase vinte anos da aprovação do CPTA, o regime do art. 130.º foi alvo de três alterações pouco significativas.

§2.

6. Os regimes cautelares são meramente acessórios à *ação de plena cognição*, visando a salvaguarda dos efeitos da decisão da causa, a título provisório.

7. Neste sentido, o regime do art. 130.º do CPTA foi configurado como regime cautelar especial a acautelar as particularidades da norma regulamentar (ou do regulamento), na salvaguarda dos efeitos a produzir nos processos de impugnação de normas que seguem os termos do art. 73.º.

8. O legislador do CPTA instituiu inovadoramente um regime próprio de impugnação de normas regulamentares e de condenação à emissão de normas, nos artigos 72.º e ss.

9. O sistema da tutela dos regulamentos administrativos na ação de plena cognição prevista nas disposições relativas à impugnação de normas e condenação à emissão de normas devidas, inclui as seguintes pretensões:

9.1. A declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, nos termos do n.º 1, do art. 73.º e 73.º, n.º 3, al. b).

9.2. A declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto, nos termos do n.º 2, do art. 73.º;

9.3. O pedido de desaplicação da norma mediatamente operativa está previsto no art. 73.º, n.º 3, al. a), do CPTA.

9.3. O regime de condenação à emissão de normas devidas, consagrado nos termos do art. 77.º.

§3.

10. Procuramos num primeiro momento definir, em concreto, que pretensões do poder regulamentar estão “dentro” e “fora” do art. 130.º

10.1. Desta forma, entendemos que o art. 130.º n.º 1, mantém uma relação instrumental com o regime do art. 73.º, n.º 2 e 73.º, n.º 1, al. a); e o art. 130.º, n.º 2, aos regimes 73.º, n.º 1, als. b), c) e d) e ao art. 73.º, n.º 3, al. b).

10.2. Por sua vez, o regime cautelar especial do poder regulamentar não acautela as pretensões do art. 73.º, n.º 3, al. a), nem tão pouco o pedido de condenação à emissão de normas devidas, previsto no art. 77.º.

11. No presente capítulo, quisemos compreender as consequências da aplicação do procedimento previsto no art. 128.º ao regime da suspensão da eficácia de normas.

11.1. A técnica processual do efeito suspensivo automático do requerimento cautelar e a emissão da resolução fundamentada, no contexto da tutela cautelar do poder regulamentar, não

garantem dignamente a tutela jurisdicional efetiva de todos os que possam ser afetados pelos efeitos processuais do regulamento administrativo. Sendo certo que o objeto de litígio, a norma regulamentar que visa a tutela abstrata, acolhe um universo subjetivo de destinatários com igual intensidade na produção dos seus efeitos, originando interesses díspares na sua exequibilidade ou na sua suspensão que devem ser acautelados.

11.2. Concluímos o ponto 3.2. com a certeza de que a tutela jurisdicional efetiva não é garantida na mera consagração da disciplina.

11.3. O processo deverá cumprir-se enquanto processo de prazo razoável e vinculado ao princípio do processo equitativo, adequado a garantir o efeito útil da decisão principal.

11.4. Quanto ao incidente processual da declaração de ineficácia dos atos de execução indevida, para além de não acolher uma unanimidade na apreciação dos fundamentos invocados pelas partes, também se torna verdadeiramente problemático porque se configura como uma “pré-decisão”, tratando-se da primeira pronúncia do juiz cautelar, não assegura uma necessária ponderação sobre os interesses em presença.

12. O princípio da eficácia geral intrinsecamente associado à norma regulamentar levou-nos a definir imediatamente que o papel dos terceiros, no âmbito dos processos que versam sobre normas no contencioso administrativo, poderá impor uma configuração ligeiramente distinta das disposições gerais.

12.1. Como evidenciou VIEIRA DE ANDRADE, os interesses dos contrainteressados podem ser tão ou mais relevantes que os interesses do próprio requerente.

12.2. Portanto, consideramos que o legislador em 2019, andou bem ao configurar a aplicação do art. 81.º, n.º 3, ao regime da suspensão da eficácia das normas.

12.3. No entanto, poderá ter sido excessivo quando considerado à tutela cautelar principal e concreta, porque a tutela mais não é que uma tutela cautelar individual que produz efeitos circunscritos não atingindo *a priori* uma ampla esfera de potenciais interessados.

13. Quanto aos efeitos do decretamento da suspensão da eficácia da norma regulamentar. A suspensão da eficácia da norma promove uma mera paralisação temporária, não erradicando definitivamente a norma regulamentar.

13.1. No limite, a suspensão da eficácia da norma poderá ditar a reconstituição da norma anteriormente vigente ou a manutenção do vazio jurídico.

13.2. Todavia, tendo presente o poder de conformação do juiz cautelar disposto no preceito do art. 120.º, n.º 3, entendemos que seria necessário responder às questões:

- A decisão do juiz cautelar poderá limitar a suspensão da norma à mera suspensão parcial das condições nela configuradas?
- O juiz cautelar poderá decretar a correção da norma?

§4

13. Concluimos o primeiro capítulo com a certeza de que o regime do art. 130.º é um regime com significativas limitações, logo, entendemos que seria necessário verificar:

13.1. Das pretensões que o regime deveria configurar.

13.2. Do novo procedimento em cumprimento com o princípio da tutela jurisdicional efetiva.

13.3. A definição das margens de conformação do juiz cautelar.

CAPÍTULO 2

§0.

1. Compreendidos os objetivos a verificar para colmatar as ausências do regime do art. 130.º, do CPTA. Na segunda parte da dissertação apresentamos as perspetivas alemã e espanhola, procurando compreender como configuram os seus regimes da tutela cautelar do regulamento administrativo.

§1.

2. O sistema das *vorläufigen rechtsschutz* – sistema das providências cautelares, na nomenclatura dos ordenamentos jurídicos latinos - poderá ser mais simples do que possa aparentar à primeira vista: fundamenta-se numa orientação precisa em relação ao objeto de litígio e ao tipo de ação principal que o requerente pretenderá deduzir (FRIEDHELM HUFEN).

3. O sistema das *vorläufigen rechtsschutz* concretiza o princípio da tutela jurisdicional efetiva, consagrando o preceito do §19.4, da GG, e é delimitado pelas disposições do §80 (e §80-a, §80-b), §123 e §47.6, da VwGO.

4. Todos estes regimes podem acolher a norma regulamentar a título principal ou incidental, de acordo com os efeitos que as normas pretenderão acautelar e da ação principal a deduzir (ou já deduzida).

5. Todas as pretensões cautelares poderão ser requeridas cumulativamente nos termos do §44 da VwGO.

6. As pretensões do regime §47.1, com vista à tutela cautelar abstrata, poderão ser cumuladas com as pretensões associadas aos regimes do §80 e §123 na preterição da tutela cautelar com vista à proteção

individual, desde que o requerente possa demonstrar a invalidade dos dois objetos, isto é da necessidade de tutelar a existência de um direito nas relações concretas em litígio e na relação abstrata.

7. Compreendemos que a *instrumentalidade* do processo cautelar com a ação principal configurou o mesmo raciocínio à “organização” das pretensões cautelares que abarcam os poderes regulamentares.

8. O ordenamento jurídico alemão, no contencioso administrativo, configura um sistema à tutela do regulamento administrativo.

8.1. A *prinzipale Normenkontrolle* configura o regime do §47, da VwGO. A tutela é apreciada a título principal e produz efeitos gerais e o regime cautelar corresponde ao §47.6.

8.2. A *inzidente Normenkontrolle* compreende as ações *Anfechtungsklage* e *Feststellungsklage* e os regimes cautelares correspondem aos §§80 e 123, respetivamente.

8.3. A omissão de normas devidas é designada como *Normerlassklage*, correspondendo ao regime cautelar §123.

9. Pese embora o regime da fiscalização principal do regulamento configurar-se através de um carácter objetivo na apreciação da validade da norma, a verdade é que o preceito do §47.2.1. impõe ao regime a demonstração da violação, ou ameaça num futuro previsível, de um qualquer direito legalmente protegido do administrado/requerente.

10. Assim, a afetação do direito subjetivo da norma regulamentar poderá conduzir as pretensões do requerente tanto à tutela cautelar principal, como à tutela cautelar incidental.

11. A norma mediatemente operativa pode ser apreciada a título incidental e concreto através do ato administrativo que a aplica, nos termos do regime §80, regime da suspensão da eficácia do ato administrativo.

12. Já quando a pretensão do requerente não preencha os pressupostos do §47 e não seja uma norma mediatemente operativa com vista à proteção individual que é tutelada através do regime de impugnação do ato administrativo, a doutrina e jurisprudência alemã contemplam outros meios à tutela jurisdicional efetiva da norma regulamentar, mormente à proteção individual da norma imediatamente operativa, a doutrina e jurisprudência têm integrado estas pretensões no regime do §123.

13. A providência cautelar da ação prevista nos termos do §47.6 está limitada às ações de fiscalização abstrata da norma regulamentar preceituadas nos termos do §47, o que justifica a sua inclusão do regime cautelar ao próprio preceito da ação principal.

14. A doutrina e a jurisprudência entendem que a omissão do preceito do §47.6 deverá ser interpretada por analogia ao regime regra das *vorläufigen rechtsschutz*, o §123.

15. Neste sentido, há total harmonia na doutrina na consideração de que o processo cautelar instrumental à ação de controlo judicial da norma regulamentar (*Normenkontrollverfahren*) não se concretiza sobre o efeito suspensivo automático.

16. A apreciação das condições de procedência é claramente influenciada pela disposição do §123, da VwGO: primeiro, uma apreciação à *Anordnungsanspruch e Anordnungsgrund* e, só depois, à ponderação dos interesses em presença, considerando as consequências que se mostrem “superiores”.

17. A aplicação análoga do regime §123 ao §47.6 determina dois pontos fundamentais:

17.1. Os poderes de discricionariedade e de apreciação do juiz cautelar na concreta medida a adotar.

17.2. E a aplicação do *modus procedendi* do sistema geral do §123 ao subsistema do §47.6.

18. Quanto aos poderes do juiz cautelar, veja-se, não lhe são atribuídos mais poderes do que ao juiz da ação principal.

18.1. Logo, a alteração da norma regulamentar para uma disposição mais favorável ao requerente, enquanto ordem provisória do §47.6, ultrapassa os limites dos poderes da discricionariedade do juiz cautelar. Isto porque, no âmbito da ação principal, o demandante não obterá a condenação à emissão de normas como resultado da decisão final da causa.

18.2. No entanto, os princípios da menor interferência possível e da proporcionalidade conferem ao juiz cautelar alguma “*maleabilidade*” na determinação da medida. Entre outras medidas: o juiz cautelar poderá decidir a suspensão parcial da norma regulamentar ou a imposição de condições à sua exequibilidade.

§2.

19. Volvidos vinte e três anos da consagração da LJCA, o regime cautelar não apresenta significativas alterações.

20. O legislador ordinário da LJCA, em cumprimento com as exigências constitucionais, configurou um regime cautelar comum, dos arts. 129.º a 134.º, e dois preceitos especiais: nos termos do preceito do art. 135.º, uma medida de especial urgência; e, nos termos do art. 136.º, um regime próprio para as situações de *inactividad de la administración*, seja a omissão da prática prevista numa *disposición general* que não dependa de ato administrativo para vigorar, ou de ato administrativo, contrato ou acordo.

21. Quanto à ação principal entendemos ser relevante evidenciar no quadro do poder regulamentar: das quatro modalidades que o contencioso administrativo espanhol consagra na LJCA, os regulamentos administrativos merecem um tratamento especial tanto na ação de impugnação – que de maneira direta

ou indireta, versa sobre a legalidade das *disposiciones generales* -, como, também, na reação à *inactividad* da entidade administrativa à omissão da prática de atos regulamentares (este último desenvolvido pela jurisprudência).

22. De acordo com o ponto anterior, a reação à *inactividad da Administración* prevista no art. 25.º, n.º 2 e configurada nos termos dos arts. 29.º e 30.º, da LJCA, desconsidera da letra do preceito a *inactividad reglamentaria*, o que promove alguma controvérsia no ordenamento jurídico espanhol.

22.1. No entanto, uma corrente jurisprudencial do TS tem apresentado uma posição reiteradamente afirmativa no sentido da competência da jurisdição administrativa na apreciação da *inactividad reglamentaria*.

22.3. Mas pese embora a jurisprudência e a maioria da doutrina se mostrem favoráveis à integração da *inactividad reglamentaria* enquanto legítima pretensão do contencioso administrativo, não há desenvoltura jurisprudencial nem doutrinal no âmbito cautelar para convictas afirmações.

23. Apesar desta exceção, o sistema cautelar da perspetiva espanhola é caracterizada pela configuração de uma *regulación comum*, composta quer por pretensões inominadas, quer por pretensões à tutela cautelar do ato administrativo ou da *disposición geral*.

23.1. Esta vinculação à *regulación comum* da tutela cautelar do *recurso directo* e do *recurso indirecto*, configura igual tratamento de pretensões.

23.2. No entanto, a verdade é que a tutela cautelar do *recurso directo* consagra ligeiros desvios à *regulación comum*: o momento da *solicitud* da medida, que segue os termos do 129.º, n.º 2; e, da publicidade das suas decisões, que seguem os termos do art. 107.º, n.º 2, *ex vi* 134.º, n.º 2, da LJCA.

24. O requerimento da tutela cautelar do ato administrativo e da tutela cautelar da *disposición general* não configura um tratamento de paralisação automática da exequibilidade dos seus efeitos.

25. Quanto à concreta medida a adotar:

25.1. Há dúvidas sobre as concretas medidas cautelares a adotar nos processos que versam sobre *disposiciones generales*:

25.1.1. O TS tem defendido, reiteradamente, a *taxatividade* do art. 129.º, n.º 2 à suspensão da eficácia da *disposición general*, objeto de litígio cautelar, não admitindo outras medidas cautelares à luz do art. 129.º, n.º 1 e do regime-geral vinculado ao princípio da atipicidade.

25.1.2. EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA/ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ para além de defenderem a possibilidade de conceder outras medidas que não a mera suspensão da eficácia, os autores consideram, ainda, a possibilidade do tribunal poder substituir a disposição, objeto de litígio cautelar, apenas para efeitos de tutela individual, por uma outra disposição que seja provisória.

25.1.3. Já para MERCEDES FUERTES, a “*inovação judicial*” provocaria uma nova *era* no princípio da separação de poderes, pondo em risco quer a função administrativa, quer a função jurisdicional. Todavia, a autora evidencia a necessidade de uma “*margem de conformação*” à adoção de outras medidas e ir para além da suspensão da eficácia total e abstrata da *disposição*. A autora segue a perspetiva alemã, nesta matéria.

§3.

26. As perspetivas de direito comparado desta investigação foram configuradas em momento anterior ao CPTA, todavia foram poucas as influências ao nosso regime.

CAPÍTULO 3

§0.

1. O princípio da tutela jurisdicional efetiva não é garantido na mera consagração da disciplina processual, a disciplina está vinculada aos princípios do processo equitativo e ao princípio do prazo razoável.

§1.

2. O legislador do CPTA de 2002, influenciado particularmente pelos legisladores dos ordenamentos jurídicos alemão, espanhol e francês, veio transformar todo o contencioso administrativo em matéria cautelar ao concretizar algumas das técnicas e da sistematização que há muito a doutrina administrativista portuguesa desejava.

3. Procuramos compreender, no presente capítulo, sobre quais os reflexos das técnicas processuais do sistema cautelar no regime da suspensão da eficácia da norma regulamentar. E, ainda, como é que o regime da suspensão da eficácia da norma regulamentar se concilia com o sistema geral.

3.1. Das técnicas identificadas por ISABEL CELESTE M. FONSECA consideramos que:

3.1.1. A técnica da *acessoriedade-instrumentaliade* garante o vínculo do processo cautelar da suspensão da eficácia de normas regulamentares à ação de impugnação de normas. Assim, aplicando-se as disposições comuns ao regime da suspensão da eficácia da norma referimos a título de exemplo que, nos termos do art. 114.º, n.º 2, o tribunal da ação principal é o tribunal competente do regime da suspensão da eficácia da norma;

3.1.2. A *técnica da provisoriedade* determina o caráter meramente temporal da efetividade da sua decisão, sendo certo que o regime cautelar da norma regulamentar está também vinculado às disposições do art. 122.º e 123.º;

3.1.3. A *técnica da antecipação*, limitada pelo caráter instrumental e provisório, restringe os poderes do juiz cautelar aos poderes do juiz da causa.

3.1.4. A *técnica da sumariedade* configura ao regime da suspensão da eficácia da norma uma disciplina processual simples e abreviada por determinação legal. Neste caso, o legislador ordinário estabelece um efeito suspensivo automático e a emissão da resolução fundamentada.

3.2. De seguida, procuramos compreender de que forma a complexidade do objeto de litígio, a norma regulamentar, figura na conciliação das disposições gerais com o regime do art. 130.º.

3.2. 1. Na conciliação entre o regime da suspensão da eficácia da norma e o sistema geral, o juiz cautelar decide o “se” da providência de acordo com a apreciação dos critérios de decretamento, nos termos do art. 120.º, do CPTA.

3.2.1.1. O esquema do *periculum in mora* e da ponderação de interesses determina o seguinte raciocínio lógico-jurídico:

- quanto à suspensão da eficácia de normas com efeitos circunscritos ao caso concreto: se os efeitos da concessão e da recusa se limitam à esfera das partes, os prejuízos demonstrados pelo requerido podem ser superiores na mera demonstração de danos na sua esfera individual.

- quanto à suspensão da eficácia de normas com força obrigatória geral: se os efeitos da concessão e da recusa afetam a generalidade dos destinatários, os prejuízos demonstrados pelo requerente só serão considerados superiores quando a tutela cautelar visa proteger a esfera jurídica de uma generalidade de administrados, logo, estamos sempre perante uma tutela abstrata.

3.2.1.2. Pese embora a *regra* determine que a tutela subjetiva do *lesado* possa ser garantida na mera proteção da sua esfera jurídica, salvaguardando-o dos “excessos de tutela”, entendemos que conduzirá o regime à seguinte lógica sequencial:

legitimidade → efeitos da providência → demonstração dos critérios de apreciação

Na nossa opinião, esta sequência lógica poderá, em determinadas circunstâncias, apresentar-se como um obstáculo às pretensões do *interessado* porque limitará a sua tutela cautelar, independentemente das suas pretensões, à tutela cautelar concreta.

3.2.2. Na conciliação entre o regime da suspensão da eficácia da norma e o sistema geral, o regime especial não deixará *a priori* de acompanhar as disposições gerais do capítulo I.

3.2.2.1. Quanto ao decretamento provisório: é aplicável ao procedimento do regime da suspensão da eficácia da norma o art. 128.º, o que parece conduzir-nos na lógica de que se a conciliação dos regimes é aceite no âmbito do ato administrativo, então, também o será na tutela cautelar da norma regulamentar. Todavia,

Ainda existe alguma confusão e indeterminação na conciliação dos regimes dos arts. 128.º e 131.º e o decretamento da providência, ainda que provisório, é decidido sem contraditório.

3.2.2.2. Quanto à antecipação da causa: o TCA Sul entende que o art. 121.º exige a cumulação de três requisitos:

- Já proposto pedido da ação principal;
- Que conste, no âmbito do processo cautelar, todos os elementos indispensáveis à tomada da decisão no processo principal;
- Que haja urgência na resolução definitiva do caso ou a simplicidade do mesmo o possa justificar.

3.2.2.3. Quanto à medida a decretar: entendemos que a expressão literal do preceito «*suspensão*» do art. 130.º afasta o poder de conformação do juiz cautelar associado ao “*como*” da providência, limitando-se, neste caso, meramente ao seu “*se*”.

§2.

4. Apresentamos um novo regime à tutela cautelar do poder regulamentar a acolher todas as particularidades do objeto de litígio intrinsecamente associado ao princípio da eficácia geral e de múltiplas pretensões.

5. As nossas considerações ao regime *de iure condendo* versaram os três pontos identificados no final do primeiro capítulo:

5.1. A determinação das pretensões a configurar no sistema cautelar do regulamento administrativo;

5.2. A concreta medida a adotar no regime especial da tutela cautelar do regulamento administrativo e os limites ao poder de conformação do juiz cautelar; e, por fim,

5.3. O procedimento do regime de *iure condendo* da tutela cautelar do regulamento administrativo.

6. A nossa proposta visou a construção de um subsistema cautelar do poder regulamente que estivesse perfeitamente integrado no sistema geral.

7. As pretensões a acolher no sistema cautelar do regulamento administrativo versaram:

7.1. A tutela principal com efeitos gerais e circunscritos;

7.2. A tutela incidental através do ato administrativo que aplica a norma, e,

7.3. A intimação à emissão de normas regulamentares devidas.

8. Quanto à concreta medida a adotar:

8.1. Defendemos a faculdade do juiz cautelar determinar o “*como*” da medida através dos princípios da menor interferência possível e da proporcionalidade.

8.2. Todavia, não poderá o juiz cautelar ser dotado de maiores poderes do que os poderes atribuídos ao juiz da causa.

9. Por fim, a nossa proposta apelou para o abandono das técnicas do efeito suspensivo automático e a emissão da resolução fundamentada.

8.1. O *modus procedendi* do regime cautelar do regulamento a título principal seria integrado no já configurado para o sistema geral.

8.2. Nestes termos, defendemos que o requerente encontrará sempre *amparo* no que à urgência de acautelar a execução imediata da norma concerne, através do regime de decretamento provisório com as necessárias adaptações que a repartição de riscos do regime o impõe.

9. Como conclusão à dissertação apresentamos a proposta de alteração ao disposto no art. 130.º que agregou todas as considerações apresentadas por nós no seu decurso.

Bibliografia consultada:

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*, ALMEDINA, Coimbra, abril 1987.

ALMEIDA, Mário de Aroso, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 1.ª Ed., Coimbra, 2010.

ALMEIDA, Mário de Aroso, *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016.

ALMEIDA, Mário de Aroso/ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 4.ª Ed., 2018.

ALMEIDA, Mário de Aroso/ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentários ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, maio de 2005.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, Almedina, 12.ª Ed., janeiro de 2015. [consulta a 20/11/2020]. Disponível em: <http://books.google.com/books>.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa: Lições*, Almedina, 14.ª Ed., 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, COIMBRA JURÍDICA, 5.ª edição, 2017.

AZENHA, Manuel Simões, «*O regime de impugnação das normas regulamentares: especial conformação legal da ação proposta pelo Ministério Público*», in: *Contencioso dos Planos Urbanísticos*, Coleção Formação Contínua, outubro de 2018, publicado pelo Centro de Estudos Judiciários. Disponível em pdf: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContenciosoUrbanistico2018.pdf.

AZEVEDO, Maria Eduarda, *Temas de Direito da Economia*, Almedina, 3.ª Edição, Coimbra, 2018.

BIRMANN, Isabel Ribeiro, *O poder regulamentar das autoridades Reguladoras Independentes*, FDUP: Tese de Mestrado, 2018.

CALADO, Diogo, «*O novo regime da suspensão de eficácia de acto administrativo no âmbito das providências cautelares impugnatórias*», in: *O Anteprojeto de revisão do CPTA e do ETAF em debate*, coord. CARLA AMADO GOMES/ ANA NEVES, AAFDL, Lisboa, 2014.

CORREIA, Sérvulo, *Direito do Contencioso Administrativo*, Volume 1, LEX, março 2005.

DELAUNAY, Benoît, «*Presentation Generale*», in: *L'Acte Administratif a Portee Generale et son Controle Juridictionnel*, Société de législation comparée, Composition du groupe de travail: AURÉLIEN ANTOINE/ ANTOINE CLAEYS/ BENOÎT DELAUNAY/ AURORE GAILLET/ MARIE GAUTIER-MELLERAY/ FRANÇOIS-VIVIEN GUIOT/ JEAN LATOURNERIE/ THOMAS PERROUD, 2015, disponível em pdf: https://www.ut-capitole.fr/medias/fichier/rapport-sur-le-contrôle-des-actes-a-portee-generale_1532701281852-pdf.

DIAS, José Figueiredo/ OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, 4.ª edição, 2016.

DUARTE, Tiago, «*Providências cautelares, suspensões automáticas e resoluções fundamentadas: pior a emenda do que o soneto?*», *JULGAR*, n.º 26, 2015. Disponível em pdf: <http://julgar.pt/providencias-cautelares-suspensoes-automaticas-e-resolucoes-fundamentadas-pior-a-emenda-do-que-o-soneto/>.

ENTERRÍA, Eduardo García de, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, CIVITAS, 1.ª Ed., Madrid 1992.

ENTERRÍA, Eduardo García de/ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, CIVITAS, Novena Edición, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo García de/ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo v. II*, 6.ª Ed., CIVITAS, 1999.

FINKELNBURG /DOMBERT /KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H. BECK, 7. Auflage, 2017.

FINKELNBURG, Klaus, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, co-autoria UNTER MITARB e ANDREAS HAMANN, 4. völlig neubearb. Aufl, München : Beck, 1998.

FONSECA, Isabel Celeste M., «*O renovado (dualismo) do contencioso da ilegalidade das normas: avanços e recuos de um regime (carente)*», in: *Contencioso das Normas Regulamentares*, Coleção Formação Contínua, de maio de 2020, publicado pelo Centro de Estudos Judiciários.

FONSECA, Isabel Celeste M., *Curso de Direito Processual Administrativo Teórico-Prático*, Almedina, novembro de 2020.

FONSECA, Isabel Celeste M., *Dos Novos Processos Urgentes no Contencioso Administrativo: Função e Estrutura*, LEX, Lisboa 2004.

FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo: A Propósito da Urgência na Realização da Justiça*, Almedina, maio de 2002.

FONSECA, Isabel Celeste M., *Processo temporalmente justo e urgência – contributos para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, Coimbra Editoria, 2009.

FONSECA, Isabel Celeste M./ DURO, Joana, «*Alteração ao regime de suspensão da eficácia do acto administrativo*», in: *O Anteprojeto de revisão do CPTA e do ETAF em debate*», coord. CARLA AMADO GOMES/ ANA NEVES, AAFDL, Lisboa, 2014.

FONSECA, Isabel Celeste M./ MAGALHÃES, Sara Cristina Rebelo, «*A aplicação do art. 128.º do CPTA à suspensão da eficácia das normas: notas outsider the box*», in: CJA (no prelo).

FONSECA, Rui Guerra da, «*A suspensão de eficácia de actos administrativos no projecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*», E-Pública Revista Electrónica de Direito Público, Vol. I, n.º 2, junho 2014. Disponível em pdf: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n2/v1n2a10.pdf>.

FUERTE, Mercedes, «*Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*», *Revista de Administración Pública*, n.º 157, enero-abril, 2002.

GAILLET, Aurore, « ALLEMAGNE », in: L'Acte Administratif a Portee Generale et son Controle Juridictionnel, Société de législation comparée, Composition du groupe de travail: AURÉLIEN ANTOINE/ ANTOINE CLAEYS/ BENOÎT DELAUNAY/ AURORE GAILLET/ MARIE GAUTIER-MELLERAY/ FRANÇOIS-VIVIEN GUIOT/ JEAN LATOURNERIE/ THOMAS PERROUD, 2015, disponível em pdf:

https://www.ut-capitole.fr/medias/fichier/rapport-sur-le-controle-des-actes-a-portee-generale_1532701281852-pdf.

GAMELLA, María del Pilar Teso, «*La impugnación de los reglamentos: los efectos de la declaración de nulidad*», Revista de Administración Pública, 210, 69-90. Disponível em pdf: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.03>.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto, «*As garantias de defesa jurisdiccional dos particulares contra actuações do poder executivo na Alemanha*», Documentação e Direito Comparado – Boletim do Ministério da Justiça, n.º 27-28.

GARCIA, Maria Glória Ferreira Pinto Dias, «*Suspensão da eficácia de um acto administrativo ou de uma norma regulamentar*», in: Reforma do Contencioso Administrativo: O Debate Universitário, V. I., Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

GIL, Francisco Javier Garcia, *La medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos y disposiciones en el proceso administrativo*, La Ley, 2010.

GOMES, Carla Amado, «*A suspensão jurisdiccional de regulamentos imediatamente exequíveis. Breves reflexões*», in: Textos dispersos de direito contencioso administrativo, Lisboa, 2009.

HERNÁNDEZ, Juan J. Guardia, «*Una propuesta de reforma del recurso indirecto contra disposiciones generales*», in: [20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo](#): Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo : Murcia, 8-9 de febrero de 2019 / coord. por [Fernando López Ramón](#), [Julián Valero Torrijos](#), 2019.

HUFEN, Friedhelm, *Verwaltungsprozessrecht*, Grundrisse des Rechts, 10. Edition 2016.

IBÁÑEZ, José Luis Guil, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo: una visión práctica*, COLEX, n.º 49, 2001.

KOPP/ SCHENKE, *VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 26. Auflage, 2020.

KRÄMER, Clemens, *Vorläufiger Rechtsschutz in VwGO-Verfahren. Kommentierung der Par. 42, 47, 80, 80a, 80b, 123, 146 VwGO und des vorläufigen Rechtsschutzes in ausgewählten Bereichen des bes.Verwaltungsrechts mit Antragsmustern und Checklisten f.d.Rechtspraxis*, Freiburg : Haufe Verlagsgruppe, 1996.

LLOVET, Tomàs Font I/ CABRÉ, Alexandre Peñalver I/ PONTÓN, Francesc Rodríguez/ MAS, Joaquín Tornos, «*Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa*», *Revista de Administración Pública*, n.º 209, 2019, pp. 259 a 278. Disponível: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.08>.

LOPES, Pedro Moniz, «*A declaração de ilegalidade por omissão de planos urbanísticos*», in: *Contencioso dos Planos Urbanísticos, Coleção Formação Contínua*, outubro de 2018, publicado pelo Centro de Estudos Judiciários. Disponível em pdf: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContenciosoUrbanistico2018.pdf.

LOPES, Pedro Moniz, «*Apontamentos sobre a apreciação da inconstitucionalidade de regulamentos pelos tribunais administrativo*», in: *Contencioso das Normas Regulamentares, Coleção Formação Contínua*, de maio de 2020, publicado pelo Centro de Estudos Judiciários.

LOPES, Pedro Moniz, «*Objecto, condições e consequências da invalidade regulamentar no novo Código do Procedimento Administrativo*», in: *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, coordenação de CARLA AMADO GOMES/ ANA FERNANDES NEVES/ TIAGO SERRÃO, AAFDL, 2.ª reimpressão, Lisboa, 2015.

LOTHAR, Michael, *Normenkontrollen – Teil 1: Funktionen und Systematisierung*, ZJS 2012, 756 (759). Disponível em pdf: http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2012_6_643. [consultado a 15 de março de 2021].

MAÇÃS, Fernanda, «*A tutela pré-cautelar em revisão: breves reflexões*», *CJA*, n.º 106, julho/agosto de 2014.

MAÇÃS, Maria Fernanda dos Santos, *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, Boletim da Faculdade de Direito Coimbra, Coleção Studia Jurídica n.º 22, COIMBRA EDITORA, 1996.

MACHETE, Pedro, «*A suspensão jurisdicional da eficácia dos actos administrativos*», in: O Direito, ano 123, abril/ setembro, 1991.

MANN, Thomas/ WAHRENDORF, Volker, *Verwaltungsprozessrecht*, Academia Iuris, 4. Edition 2017.

MARCOS, Anabelén Casares, «*Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo*», in: 20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo: Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo : Murcia, 8-9 de febrero de 2019 / coord. por Fernando López Ramón, Julián Valero Torrijos, 2019.

MARTINS, Ana Gouveia, «*Perspetivas de evolução da tutela*», CJA, n.º 79, janeiro/fevereiro, 2010.

MARTINS, Licínio Lopes/ CORREIA, Jorge Alves, «*O novo regime do CPTA em matéria de impugnação de normas: como transpor a inconstitucionalidade do art. 73.º, n.º 2?*», in: Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 114, Nov.-Dez. 2015, Braga.

MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, «*O Controlo Judicial do Exercício do Poder Regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Impugnação Direta e Indireta de Regulamentos e Omissões Regulamentares)*» in: Contencioso das Normas Regulamentares, Coleção Formação Continua, de maio de 2020, publicado pelo Centro de Estudos Judiciários.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, «*O controlo judicial do exercício do poder regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto*», in: Comentários à revisão do ETAF e do CPTA, coordenação: CARLA AMADO GOMES/ ANA FERNANDA NEVES/ TIAGO SERRÃO, 3.ª Ed., AAFDL EDITORA, Lisboa, 2017.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, janeiro de 2011. Disponível em pdf: https://eg.uc.pt/bitstream/10316/17968/1/Tese_Ana%20Raquel%20Moniz.pdf.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*, Almedina, 2.^a Edição, 2016.

MONTALVO, Rafael Fernández, «*Impugnación de ordenanzas y reglamentos municipales en la jurisprudencia de 2006*», in: Anuario del Gobierno Local 2006, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Públic, pp. 256-296. Disponível em pdf: <https://repositorio.gobiernolocal.es/>.

MORAIS, Carlos de Blanco de, «*Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no Código do Procedimento Administrativo*», in: O novo Código do Procedimento Administrativo, colecção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em pdf.: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_novo_CPCA.pdf.

NETO, Dora Lucas, «*Meios cautelares*», CJA, n.º 76, julho/ agosto de 2009.

OLIVEIRA, Fernanda Paula, «*A impugnação contenciosa, direta e indireta ou incidental, de normas regulamentares contidas nos planos urbanísticos*», in: Contencioso dos Planos Urbanísticos, Coleção Formação Contínua, outubro de 2018, publicado pelo Centro de Estudos Judiciários. Disponível em pdf: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContentenciosoUrbanistico2018.pdf

OTERO, Paulo, «*A execução do acto administrativo no Código do Procedimento Administrativo*», in: SJ, n.º 238/240, 1992.

OTERO, Paulo, «*A impugnação de normas no anteprojeto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos*», in: Reforma do Contencioso Administrativo: O Debate Universitário, V. I, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

PAÇÃO, Jorge, «*Breves Notas sobre os Regimes Especiais de Tutelar Cautelar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos Revisto*», E-Pública Revista Electrónica de Direito Público, vol. 3, n.º 1, abril 2016. Disponível em pdf: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v3n1/v3n1a07.pdf>.

RICARDO, Pedro/ OLIVEIRA, António Mendes, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos: Anotação à Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*, Almedina, novembro de 2019.
Disponível em: <http://books.google.com/books>.

ROMEO, Francisco J. Nogales/ REY, Carlos Romero, *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: comentarios, concordancias, jurisprudencia, e índice analítico*, COLEX, 11.ª Ed., 2019-2020.

SCHENKE, Wolf-Rüdiger, *Verwaltungsprozessrecht*, C.F. Müller., 16. neu bearbeitete Auflage. 2019.

SILVA, Mário Tavares da, *A nulidade do plano urbanístico : contributo para a compreensão das relações de compatibilidade e de conformidade à luz de um novo princípio da legalidade*, Coimbra, Almedina, 2013.

WITTERN/ BABLSPERGER, *Verwaltungs-und Verwaltungsprozessrecht: Grundriss für Ausbildung und praxis (Recht Und Verwaltung)*, Verlag W. Kohlhammer, 19. Auflage, 2007, p. 256 [consulta a 20/10/2020]. Disponível em: <http://books.google.com/books>.

Jurisprudência consultada:

Jurisprudência Nacional:

- Acórdão do STA de 17 de maio de 1988, proc. n.º 025946;
- Acórdão do STA de 9 de maio de 1996, recurso n.º 40044-A.
- Acórdão do STA de 12 de junho de 2012, processo n.º 0337/11.
- Acórdão do STA de 26 de junho de 2014, processo n. 0500/14.
- Acórdão do STA de 13 de novembro de 2014, processo n.º 0561/14.
- Acórdão do STA de 10 de março de 2016, processo n.º 0897/14.
- Acórdão do STA de 13 de julho de 2016, processo n.º 09648/16.
- Ac. STA de 10 de setembro de 2020, processo n.º 088/20.8BALS.B.
- Acórdão TCA Norte de 23 de setembro de 2016, processo n.º 00202/16.8BEVIS.
- Acórdão TCA Norte de 13 de janeiro de 2017, processo n.º 00625/16.2BEAVR.
- Acórdão do TCA Norte de 10 de março de 2017, processo n.º 01952/16.4BEPRT.

- Acórdão TCA Norte de 24 de março de 2017, processo n.º 01155/16.8BEBERG.
- Acórdão do TCA Norte de 11 de maio de 2017, processo n.º 00830/16.1BEPRT-A.
- Acórdão do TCA Sul de 3 de março de 2005, processo n.º 06635/04/A.
- Acórdão do TCA Sul de 19 de junho de 2008, processo n.º 03595/08.
- Acórdão do TCA Sul de 12 de fevereiro de 2009, processo n.º 04810/08.
- Acórdão do TCA Sul de 14 de julho de 2012, processo n.º 08836/12.
- Acórdão do TCA Sul de 20 de setembro de 2012, processo n.º 09107/12.
- Acórdão do TCA Sul de 14 de agosto de 2013, processo n.º 10238/13.
- Acórdão do TCA Sul de 26 de junho de 2014, processo n.º 0500/14.
- Acórdão do TCA Sul de 30 de março de 2017, processo n.º 305/16.9BECTB.
- Acórdão do TCA Sul de 28 de fevereiro de 2018, processo n.º 323/17.0BEBJA.
- Acórdão do TCA Sul de 20 de setembro de 2018, processo n.º 36/18.5BESNT.
- Acórdão do TCA Sul de 18 de outubro de 2018, processo n.º 92/18.6BELSB.
- Acórdão do TCA Sul de 10 de dezembro de 2019, processo n.º 539/19.4BELSB-S1.
- Acórdão do TCA Sul de 16 de abril de 2020, processo n.º 1154/18.5BELSB-S1.
- Acórdão do TCA Sul de 30 de abril de 2020, processo n.º 659/18.2BELSB.
- Acórdão do TCA Sul de 18 de junho de 2020, processo n.º 1405/19.9BELSB.

Jurisprudência Alemã:

- *Verwaltungsgericht, München, Beschluss* v. 26.03.2020 - M 26 E 20.1248.
- *Verwaltungsgericht, München, Beschluss* v. 22.10.2020 – M 26a E 20.5020.

Jurisprudência Espanhola:

- Sentencia Tribunal Supremo de 14 de dezembro de 2007, rec. 2958/2005. ECLI:ES:TS:2007:8400.
- Sentencia Tribunal Supremo de 05 de Abril de 2018, rec. 4267/2016. ECLI:ES:TS:2018:1519.