

**PROCESSO
TEMPORALMENTE JUSTO
E URGÊNCIA**

ISABEL CELESTE M. FONSECA

PROCESSO TEMPORALMENTE JUSTO E URGÊNCIA

CONTRIBUTO PARA A AUTONOMIZAÇÃO
DA CATEGORIA DA TUTELA JURISDICIONAL
DE URGÊNCIA NA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA



Coimbra Editora

2009

Composição e impressão



Coimbra Editora

ISBN 978-972-32-1690-5

Depósito Legal n.º 290 826/2009

Maio de 2009

Ao Senhor Professor Doutor Vieira de Andrade

*A meus Pais,
O amor da minha vida*

PREFÁCIO

1. A Doutora ISABEL CELESTE MONTEIRO DA FONSECA tem dedicado a maior parte da sua investigação ao Direito Processual Administrativo e, no âmbito deste, em particular à tutela jurisdicional urgente. A sua dissertação de mestrado teve assim por objecto a tutela cautelar, analisada sob uma perspectiva sistemática. Mas, se, historicamente, foi no quadro dos processos cautelares que se estruturou um regime de urgência no processo administrativo, a verdade é que, nos nossos dias, a técnica da sumariedade em prol da celeridade passou a marcar também o regime de um feixe de meios processuais principais. Exteriorização evidente deste novo estádio é a estrutura do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, quando dedica sucessivamente o Título IV aos «processos urgentes» (na realidade quatro processos principais aí caracterizados em torno das ideias nucleares da impugnação e da intimação) e o Título V aos processos cautelares, também eles dotados de natureza urgente vocacionada para a neutralização do *periculum in mora* pairando sobre um processo principal. Mas o diploma vai além desta arrumação em dois títulos contíguos, deixando entrever a admissibilidade de uma perspectiva dogmática unitária quando, a propósito das formas de processo, dedica o artigo 36.º aos processos urgentes, aí elencando as providências cautelares juntamente com as quatro formas de impugnação e de intimação urgente. Este preceito, que se diria anódino, constitui de certo modo a mola propulsora da extensa dissertação de doutoramento de ISABEL DA FONSECA, que arguímos no decurso da prova realizada na Universidade de Coimbra e para cuja prefaciação recebemos depois disso da Autora um honroso convite. Aquele artigo 36.º é, na verdade, uma disposição de conteúdo pobre: para além do escopo classificatório — do qual, para efeitos de teorização, apenas se pode retirar a visão legislativa da existência de um factor identitário comum entre as providências cautelares e as impugnações e intimações urgentes — sobra tão só a enunciação de um regime geral de urgência, aparentemente desinteressante como base de uma construção teórica de largo fôlego: a tramitação em férias, a dispensa de vistos prévios e a prática dos actos de secretaria no próprio dia, com pre-

cedência sobre quaisquer outros. Mas, para ISABEL DA FONSECA, este alinhamento legislativo, num contexto global de urgência, de meios processuais principais a par do processo cautelar traduz uma irrupção de modernidade processual. Segundo a Autora, o reconhecimento formal de identidade entre processos principais e um processo acessório reflecte algo de subjacente e mais importante: o afloramento da tutela jurisdicional de urgência como categoria processual autónoma, fundada na técnica da sumariedade e axiologicamente enformada pelo princípio do *processo temporalmente justo*.

Apesar deste apelo inicial ao papel fundante de uma ideia de justiça temporal, a Autora opta no entanto decididamente por uma metodologia lógico-conceptual, a cuja luz a urgência processual surge sobretudo como meta a prosseguir pela técnica da sumariedade. Aquela que ISABEL DA FONSECA qualifica como conclusão fundamental do seu trabalho é a pertença conjunta dos processos principais urgentes e do processo cautelar a uma categoria unitária matriciada pela sumariedade.

2. A preferência por um ângulo de análise conceptual e formalista — não obstante o apelo à urgência enquanto valor — deixa assim campo aberto a futuras investigações (quem sabe se da mesma Autora) de reconstituição de um sistema axiológico. Um tema a aguardar análise aprofundada continuará a ser o do emprego de fórmulas de ponderação na resolução de colisões entre o valor da celeridade processual enquanto instrumento de efectividade da tutela e o velho mas sempre fundamental princípio do *audi alteram partem*, cujo sacrifício não poderá proceder sem a anteposição de limites às restrições.

3. É incontestável a sujeição tanto dos quatro processos principais urgentes como do processo cautelar a diversos elementos comuns de um regime de urgência. Esses elementos decorrem do n.º 2 do artigo 36.º do CPTA já citado e, no tocante aos recursos, também do respectivo artigo 147.º, que estabelece uma abreviação de prazos e determina a subida imediata. Mas, a partir deste consenso estabelecido a um baixo nível de expectativas dogmáticas, dois problemas se levantam. De um deles ocupar-nos-emos em segundo lugar: reside em verificar se o papel desempenhado pela *provisoriedade* nos processos cautelares, e apenas nestes, enfraquece, ou não, o significado unitário da categoria dos processos urgentes.

Antes ainda, porém, importa saber se os três elementos de regime tramitacional particular estatuídos no n.º 2 do artigo 36.º do CPTA — acrescidos de uma abreviação de prazos e de uma determinação de subida imediata no tocante aos recursos (artigo 147.º) possuem consistência sistémica, densidade regulatória e força identitária para justificar que se localize na classificação dos processos administrativos em processos urgentes e processos ordinários a presença do mais preponderante feixe axial do leque dos meios processuais administrativos.

Diríamos, pelo nosso lado, que — com tão fracos alicerces — se não trata de uma categorização capaz de ofuscar, por assim dizer, o papel sistémico central da matriz dualista polarizada nas acções administrativas comum e especial. A Autora procura ultrapassar esta causa de debilidade extraindo do exame comparativo dos meios processuais urgentes outros elementos comuns de um regime. Mas, se é certo que há, em geral, uma abreviação de prazos, ela faz-se em termos muito díspares de processo para processo. Só em dois dos quatro processos principais urgentes encontramos *sumarização da cognitio*. E *simplificação de formalidades*, também a pode haver nos processos ditos ordinários. Veja-se, por exemplo, a decisão de mérito no despacho saneador (artigo 87.º, n.º 1, alínea b)) ou o diferimento e dispensa da instrução respeitante a pedidos cumulados (artigo 90.º, n.os 3 e 4). Também nesses processos de rito ordinário são, por outro lado, encaixáveis decisões que se antecipam à produção futura de um efeito lesivo prevista através de uma mera prognose. Veja-se a condenação à não emissão de um acto administrativo lesivo (artigo 37.º, n.º 2, alínea c)), ou a impugnabilidade de acto administrativo ineficaz por motivo da probabilidade da futura produção de efeitos (artigo 54.º, n.º 1, alínea b)).

Portanto, a técnica da *sumariedade*, nela incluindo a prevenção de ofensas a direitos, não é um apanágio dos processos dos Títulos IV e V do CPTA, encontrando aplicações tanto na acção administrativa comum como na acção administrativa especial.

Mas, quanto à *acção administrativa comum*, falta ainda dizer o principal, ou seja, a importância para este efeito da sua ordenação segundo as *formas ordinária, sumária e sumaríssima* (artigo 35.º, n.º 1). Na verdade, ou as formas sumária e sumaríssima da acção administrativa comum nada têm — na sua *ratio* e nas suas técnicas — que radicalmente as distinga da sumarização levada a cabo nos Títulos IV e V, e então a sumariedade não pode ser apontada como a grande característica distintiva dos processos configurados para as situações de urgência. Ou, pelo contrário, nos encontramos confrontados com duas espécies de sumariedade. Mas, então, haveria que procurar o que é que encerram as sumariedades para além da abreviação de termos e simplificação de formalidades, já que estas duas características são omnipresentes.

4. Mas, propondo-se a Autora principalmente demonstrar a unicidade dos processos urgentes enquanto categoria de primeiro plano da tipologia dos meios processuais administrativos, haverá ainda que proporcionar resposta concludente à dúvida sobre o possível papel disruptivo exercido pela técnica da *provisoriidade* sobre a natureza homogénea dos processos urgentes.

É na *provisoriidade* que reside o cerne da diferença entre processo principal e processo cautelar. Para esta diferença, nada interessa que os processos principais sejam de rito ordinário ou de tramitação urgente. O processo

cautelar distingue-se de ambos nos mesmos termos, ou seja, à luz do seu papel como instrumento da efectividade da sentença que decidirá quanto ao mérito na acção principal. Por isso, não podem os efeitos da providência cautelar absorver os da sentença no processo principal, privando esta do objecto da decisão.

Porque se destina a servir a efectividade de uma futura composição do litígio, a decisão cautelar tem necessariamente por termo de referência essa decisão de mérito. Daí, a dupla dimensão da sua provisoriedade. *Dimensão temporal*: uma extensão no tempo limitada e que pode ser até inferior à do processo principal, por força de caducidade ou de revisão, mas não a poderá exceder. E uma *dimensão funcional*, que impede a decisão provisória de prejudicar a autonomia do julgador no momento da composição final da lide.

Portanto, a *provisoriiedade* marca uma distinção radical entre decisão cautelar e decisão principal. E não se diga que essa distinção tende a esbater-se graças à proliferação das técnicas antecipatórias. Cumpre na verdade distinguir entre *antecipação* e *abreviação*. Nos processos principais urgentes, não há antecipação: há *abreviação*, proporcionada pela sumariedade.

E também não ocorre *antecipação* nos casos de convoação para efeito de decisão da causa principal (CPTA, artigos 121.º e 132.º, n.º 7). É certo que, no n.º 2 do artigo 121.º, o legislador refere a «decisão de *antecipar* o juízo sobre a causa principal». Manifestamente, porém, o termo não é aí utilizado na mesma acepção com que o artigo 112.º, n.º 1, opõe providências cautelares *antecipatórias* a conservatórias, ou em que a alínea c) do n.º 1 do artigo 120.º fala de *providência antecipatória* para estabelecer a probabilidade da procedência da pretensão formulada na causa principal como requisito de concessão. Estes são os preceitos que empregam *antecipação* no seu sentido exacto, que é o de prelúdio, acto preliminar, primeiro passo para alguma coisa, neste caso a futura decisão de mérito na causa principal.

O papel da *tutela cautelar antecipatória* é o de neutralizar a irreversibilidade do tempo decorrido, quando detrimental para o requerente por lhe ter sido vedado o uso de um tempo que não volta atrás. A concessão da providência antecipatória resulta de uma *ponderação de irreversibilidades*, que se não giza necessariamente em função da formulação inicial das pretensões antagónicas, visto que o juiz dispõe de latitude para oficiosamente escolher providências que não precipitem toda a irreversibilidade danosa para o campo dos interesses de uma só das partes. Por outro lado, resta o direito à indemnização para os danos resultantes de uma antecipação frustrada (artigo 126.º).

Ora, não são estes, obviamente, os termos em que a questão se coloca quando o juiz que conhecia de um pedido de tutela cautelar resolveu decidir imediatamente sobre o fundo da causa. Nessa hipótese, age já como juiz da pretensão de mérito e não como juiz da pretensão de tutela cautelar. Esta é

uma distinção que não deve ser obliterada. Quando há convocação, não se antecipa provisoriamente o sentido de uma decisão principal futura: abrevia-se, isso sim, a tomada dessa decisão principal.

5. Ainda quanto à função da *provisoriedade*, discordamos de que ela seja, conjuntamente com a sumariedade e com a instrumentalidade — acessoriedade do processo cautelar, uma «técnica ao serviço da urgência». A provisoriedade não serve a urgência. Serve, isso sim, a *efectividade* de uma decisão de composição da lide, a proferir noutro processo.

A *urgência da decisão cautelar* não se confunde com a *urgência do juízo principal de mérito*. Temos aí duas dimensões diferentes do «temporalmente justo». No processo cautelar, aquilo que se pretende é que a medida de neutralização do *periculum in mora* seja tomada em tempo útil, ou seja, antes que haja facto consumado impeditivo da efectividade da decisão principal. Esse objectivo é favorecido, naturalmente, pela sumariedade do processo cautelar. Mas os factores decisivos, aqueles em torno dos quais se polariza a alternativa entre barrar ou não a tempo o *periculum*, são outros. No processo cautelar, os instrumentos mais importantes ao serviço da urgência da tutela são o *periculum in mora*, enquanto critério de decisão, e a latitude dos poderes do juiz para efeito da adequação do conteúdo da decisão à neutralização de tal perigo.

Em contrapartida, não parece realista pretender funcionalizar a técnica da provisoriedade à satisfação da pretensão de urgência. É outro o seu papel próprio.

6. A leitura da presente obra incita-nos, por outro lado, a um aprofundamento da análise de alguns aspectos da figura que a Autora tantas vezes intitula de «*direito ao processo efectivo e temporalmente justo*».

Qual, na verdade, o posicionamento recíproco dos valores da *efectividade* e da *duração razoável* do processo? Da expressão tão frequentemente utilizada poderia colher-se uma noção de paralelismo entre duas pretensões de valor concorrentes para um mesmo e último fim. É certo que, no n.º 5 do artigo 20.º da Constituição, se aponta uma finalidade de «tutela efectiva e em tempo útil» como se se tratasse de dois valores constitucionalmente protegidos autónomos, ainda que paralelos.

Mas merece esta formulação linguística uma correspondência dogmática? Não se transformou, a partir da jurisprudência comunitária dos anos oitenta, a *tutela jurisdicional efectiva* em princípio geral com o sentido de eficácia existencial ou prática da decisão jurisdicional? E não é esta eficácia prejudicada sempre que a duração do processo desacompanhada de medidas conservatórias ou antecipatórias, conduzir a situações impossibilitantes da

reposição da situação subjectiva ofendida? Não bastará, em suma, reivindicar efectividade para que se esteja a exigir, ao menos implicitamente, uma temporalidade razoável na dirimição?

Mas a questão da *razoável ou justa duração ou temporalidade* do processo não se compadece com um voluntarismo de conotação essencialmente idealista.

Haverá na realidade um *critério material* quanto ao carácter justo da duração do processo?

Responderá a *metodologia da jurisprudência de Estrasburgo* a esta questão? E são suficientes os factores de ponderação que esta tem vindo a seleccionar para o efeito de uma análise caso a caso (o comportamento das partes, o comportamento das autoridades, a dificuldade da matéria)?

Perante Estados afligidos pela escassez de recursos financeiros e obrigados a escalonar as respectivas afectações segundo critérios de prioridade, não encontraremos *limites de praticabilidade*, imperativos de concordância prática, suscitados pela necessidade de satisfazer simultaneamente outros valores e bens igualmente protegidos pelas Constituições?

A nosso ver, haveria lições a colher da jurisprudência constitucional norte-americana que, para efeito da aplicação do *due process* quando esteja em causa a *property* (hoje entendida como o conjunto dos direitos de âmbito material), pondera, juntamente com os interesses do autor da pretensão e com o elenco dos requisitos processuais para uma decisão de qualidade, os encargos financeiros gerados pela adopção dessas exigências adicionais ou alternativas quanto ao nível do processo (*Mathews v. Eldrige; Goldberg v. Kelly*).

Cremos que um tal ângulo da política (e da economia) do Direito não será, por exemplo, estranha à circunstância de, ao restringirem o processo urgente ao contencioso pré-contratual de certos contratos públicos típicos apenas (por certo os avaliados como mais relevantes do ponto de vista da concorrência de mercado) o legislador comunitário e o nacional tratarem de modo distinto situações de urgência idênticas para os candidatos ou concorrentes à celebração de quaisquer contratos com a Administração. Neste *tratamento processual diferenciado de situações de urgência estruturalmente homogêneas*, assistimos afinal à introdução de um *critério de justiça temporal* que não tem a ver com a posição do sujeito, mas com o *imperativo de dosear os meios processuais em função também de interesses públicos financeiros e organizacionais*.

7. Objecções, dúvidas, questionamentos são tudo quanto há de mais natural perante um trabalho extenso, no qual muitos problemas são equacionados e cuja Autora não esconde uma atitude assertiva, ainda que serena. Mas a virtualidade que esta obra inequivocamente possui de desafiar o leitor, estimulando a sua atenção crítica, é um trunfo a seu favor, distinguindo-a de tantos trabalhos insusceptíveis de despertar o raciocínio criativo daqueles que consigam lê-los.

O presente livro tem no entanto muitas outras incontestáveis qualidades.

Em primeiro lugar, vem colmatar a ausência do tratamento monográfico do conjunto dos processos principais urgentes, do mesmo passo que adianta uma proposta amadurecida para a sua justaposição à matriz dualista polarizada pelas acções administrativas comum e especial, que a doutrina pátria tem utilizado como mais significativo eixo axial do leque de meios processuais do CPTA.

Em segundo lugar, avultam o à-vontade e o nível constante de qualidade com que a Autora desdobra a sua atenção e concretiza o seu propósito de ordenação estruturalista ao longo de uma tão extensa análise.

Merece, em terceiro lugar, elogio a profundidade e a minúcia da análise, respaldada no conhecimento exigente e no emprego criterioso de amplos acervos bibliográfico e jurisprudencial. Pensamos que não será exagero afirmar que ISABEL DA FONSECA leva mais longe do que — até hoje — qualquer outro contributo da doutrina processualista administrativa portuguesa o esforço de integração entre o modo específico de pensar este subramo da Ciência Jurídica e o imenso manancial proporcionado pela Teoria Geral do Processo e em particular a do Processo Civil. O resultado simbiótico não satisfará porventura inteiramente os cultores do processo administrativo e os do processo civil. Mas os esforços assim orientados não só poderão adiantar caminho em direcção à modernização de uma Teoria Geral do Processo depurada de particularismos, como poderão injectar no estudo do Direito Processual Administrativo, enquanto modalidade de Direito Administrativo especial, maiores ductilidade e rigor metodológicos.

Não obstante alguma perplexidade quanto à aposta indefectível na estruturação triádica, é, em quarto lugar, de justiça sublinhar o carácter rigoroso da matriz sistemática sobre a qual a obra se encontra planeada.

Por fim, e em quinto lugar, também a escrita é de invulgar qualidade no rigor semântico e sintáctico, na vitalidade, na clareza, na natural fluência com que se apodera do leitor e o conduz sem demasiado esforço ao longo de tão extenso percurso.

Como todas as dissertações de doutoramento, a presente obra é passível de discordâncias. Apenas pretendemos apontar algumas, porventuras revestidas de maior interesse doutrinário. Mas não poderíamos terminar este prefácio sem deixar claro que consideramos o presente livro como um trabalho de qualidade, que revela uma juspublicista de invulgar valor.

Fratel, Setembro de 2008

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA

NOTA PARA PUBLICAÇÃO

*E dia e noite, aurora a autora,
Por essa doida terra fora,
Cheia de Cor, de Luz, de Som,
Habitado à minha alcova
Em tudo eu via coisa nova,
Que bom que era, meu Deus! que bom!*

E, parafraseando ANTÓNIO NOBRE, que bom seria prosseguir a viagem na minha terra — *categoria da tutela jurisdicional de urgência* — e ir dando notícias sobre tudo o que, em cada dia, ainda pudesse descobrir sobre ela. Contudo, tenho que dar a viagem por terminada e o texto como encerrado. E devido aos meus compromissos académicos, sou obrigada a datá-lo e a dá-lo a conhecer, através da publicação, esperando que o leitor me acompanhe, com a mesma animação, nesta aventura de descoberta de uma figura de protecção jurisdicional, típica da *sociedade-de-urgência*.

Este texto corresponde ao que apresentei em 2006, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, para obtenção do grau de doutora em Ciências Jurídico-Políticas, e foi objecto de provas públicas, em Dezembro de 2007. Nele apenas procedi a pontuais modificações, para acolher algumas alterações introduzidas no ordenamento jurídico português, quais sejam o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, o Código dos Contratos Públicos, a Lei de Asilo, a Lei que regula o acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização e a Directiva recursos n.º 2007/66/2007, de 11 de Dezembro.

Enfim, agora que chego ao fim desta tão feliz e gratificante jornada, aproveito para dirigir algumas palavras de agradecimento. E uma primeira é devida às instituições que me proporcionaram as condições materiais indispensáveis para desenvolver o trabalho de investigação e de elaboração desta dissertação. Ao serviço alemão de intercâmbio académico, DAAD (*Deutscher Akademischer Austauschdienst*), devo a atribuição de duas bolsas de estudo

durante o ano de 2002, ao abrigo das quais pude realizar uma investigação durante seis meses no *Institut für Öffentliches Recht IV*, na *Albert-Ludwigs-Universität*, em *Freiburg*, na Alemanha. À Fundação Calouste Gulbenkian devo a bolsa de estudo concedida em 2003, nos termos da qual pude concretizar um projecto de recolha bibliográfica no *Istituto di Diritto Processuale Civile* da *Università degli Studi di Milano*, em Itália. E à Universidade do Minho devo a concessão de dispensa de serviço docente, durante o período de três anos lectivos, durante o qual pude dedicar-me exclusivamente à preparação desta dissertação.

Não obstante o espaço ser tão curto, não posso deixar de lembrar aqueles com quem me cruzei nesta avenida larga, aqueles que me receberam, que comigo conversaram sobre o tema da minha investigação e me incentivaram a progredir nos trabalhos, tanto em Portugal como no estrangeiro. E, a este propósito, deixo uma palavra de sentido agradecimento a um grupo de pessoas que me é muito querido e ficará sempre na minha memória como *Amigo*, porque me ajudou a encontrar o caminho certo de regresso: a Senhora Professora Doutora Maria da Glória Garcia, os Senhores Professores Doutor José Francisco de Faria Costa, Doutor Miguel Teixeira de Sousa, Doutor Colaço Antunes, Doutor Mário Aroso de Almeida, Dr. Tavares de Sousa, Mestre Maria José Capelo e Dr. Carlos Carvalho, Juiz Desembargador do TCA-N.

E, do mesmo modo, aproveito para agradecer aos Senhores Professores que gentilmente me acolheram no estrangeiro, me orientaram nas minhas pesquisas e comigo conversaram sobre este tema — um tema que também lhes é muito caro, uma vez que, em alguns casos, este foi também o das suas dissertações de doutoramento. Neste contexto, agradeço ao Senhor Professor Doutor Eduardo García de Enterría, pelas palavras amigas, sábias e de incentivo que ao longo destes anos sempre me fez chegar. Ao saudoso Senhor Professor Doutor Giuseppe Tarzia, director do *Istituto di Diritto Processuale Civile* da *Università degli Studi di Milano*, agradeço, além de tudo o mais, o amável acolhimento durante a minha estadia em Milão, bem como agradeço a orientação da pesquisa bibliográfica efectuada, as sugestões de leitura e o contacto que estabeleceu e que me permitiu realizar uma recolha bibliográfica no *Istituto di Diritto Pubblico*, na mesma Faculdade. Recordarei com muito afecto, a sua generosidade, bem visível também na sua vontade de se expressar constantemente em português, durante as nossas conversas. Um especial agradecimento é devido ao Senhor Professor Doutor Olivier Dugrip, pela gentileza com que me recebeu na *Ecole doctorale Droit public et Science politique*, *Université Montpellier I*, *Faculté de Droit*, pelas sugestões dadas em matéria de recolha de jurisprudência e pelas facilidades que me proporcionou na recolha bibliográfica. Um sentido agradecimento é devido também

ao Senhor Professor Doutor Friedrich Schoch, pelo tempo que dispensou no acompanhamento ao meu trabalho de investigação no *Institut für Öffentliches Recht IV*, na *Albert-Ludwigs- Universität*, em *Freiburg*, pela disponibilidade sempre manifestada na explicação dos temas concernentes à preparação desta dissertação e pela paciência que teve em me ouvir falar tão devagarinho na sua língua. Uma palavra de gratidão é dirigida ainda a Nora Binder, a directora da biblioteca do *Palais des Droits de l'Homme*, em Estrasburgo, pela delicadeza e pela boa vontade manifestadas durante a minha visita de estudo a esta biblioteca, o que permitiu a consulta de livros e artigos e o acesso à fotocopiadora sem ter de respeitar escrupulosamente os horários do seu apertado funcionamento. E esta palavra de agradecimento é também devida ao Senhor Professor Doutor Luis Míguez Macho pela disponibilidade sempre manifestada durante as minhas expedições bibliográficas à biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela. Neste contexto, deixo também um agradecimento às funcionárias da sala de revistas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, da Biblioteca da Procuradoria Geral da República e do Centro de Estudos de Direito da Escola de Direito.

Finalmente, deixo uma palavra de reconhecimento aos Senhores Professores Doutores que aceitaram integrar o júri que apreciou esta dissertação e assim me honraram com a sua presença, a sua atenção e a sua sábia avaliação. E, especialmente, dirijo uma palavra de sincera homenagem aos Senhores Professores Doutor Sérvulo Correia e Doutor Pedro Gonçalves, que foram os arguentes das provas de doutoramento. E quero agradecer-lhes pela disponibilidade e paciência para lerem e apreciarem a minha tese, pelas observações que me dirigiram (que já procurei acolher no texto que agora publico) e pelo conhecimento e afecto que me transmitiram, em todos e cada um dos momentos da discussão. O meu agradecimento é também devido à Senhora Professora Doutora Paula Costa e Silva, que também avaliou como jurada este trabalho e gentilmente me fez chegar um conjunto de sugestões para proceder ao melhoramento do texto.

Uma palavra de gratidão é devida àqueles que, nesta caminhada, partiram e chegaram comigo na Universidade do Minho, os Senhores Professores Doutores com quem tenho trabalhado, especialmente o Senhor Professor Doutor António Cândido de Oliveira, e aqueles com quem tenho partilhado a titularidade de órgãos colegiais, especialmente o Senhor Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster, que sempre me impulsionou a avançar nos meus trabalhos (mesmo que isso ameaçasse o *quórum* das reuniões da Comissão de Curso), os meus colegas e (queridas) funcionárias da Secretaria da Escola de Direito, a quem agradeço pelo seu contributo, pela amizade, pelo constante incentivo e apoio na elaboração desta tese. Elejo como portadores do meu

agradecimento os Senhores Professores Doutor Luís Gonçalves, Presidente da Escola de Direito, Doutor Wladimir Brito, Director do Departamento de Ciências Jurídico-Publicísticas, Doutor Joaquim Freitas da Rocha e Doutora Clara Calheiros.

Aos meus irmãos — João, Hernâni, Zé e Lelo —, à minha irmã, Daniela, ao Ricardo e aos meus amigos (incluindo os de Lamego), deixo uma palavra de gratidão. Contudo, se Deus me der vida, ainda terei muito tempo para lhes agradecer de outra forma.

ABREVIATURAS

- A — *Actualidad Administrativa (revista semanal tecnico-juridica de derecho administrativo)*
- ACNUR — Alto-Comissário das Nações Unidas para os Refugiados
- AcP — *Archiv für die civilistische Praxis*
- AD — *Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo*
- AEAP — *Annuaire Européen d'Administration Publique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence
- AJA — *Actualidad Jurídica Aranzadi*
- AJDA — *L'Actualité juridique-Droit administratif*
- Amm — *Amministrare*
- Ann.di.Perugia — *Annali Facoltà di Giurisprudenza da Università di Perugia*
- AöR — *Archiv des öffentlichen Rechts*
- AP — *Administration Publique. Revue du Droit Public et des Sciences Administratives*
- BauR — *baurecht — Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht*
- BayVBl — *Bayerische Verwaltungsblätterß — Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung*
- BB — *Der Betriebsberater*
- BFD — *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
- BIDR — *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*
- BMDC — *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*
- BMJP — *British Medical Journal Publishing*
- Bull.dr.h. — *Bulletin de Droits de l'Homme*
- c.p.c. — *Codice di Procedura Civile*
- Cahiers du CREDO — *Cahier du Centre de Recherches et d'Etudes sur les de l'Homme et le droit Humanitaire*
- CCP — *Código dos Contratos Públicos*
- CDE — *Cahiers de Droit Européen*
- CEDOUA — *Revista do Centro de Estudos de Direito do ordenamneto, do Urbanismo e do Ambiente*
- CJA — *Cadernos de Justiça Administrativa*
- CMLR — *Common Market Law Review*
- CodeJA — *Code de Justice Administrative*
- CPA — *Código de Procedimento Administrativo*
- CPC — *Código de Processo Civil*
- CPTA — *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais: Lei n.º 15/2002*

- CTA/CAA — *Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel*
- DA — *Documentación Administrativa*
- DA-EJC — *Droit administratif- Editions du Juris Classeur*
- DB — *Der Betrieb*
- DCI — *Diritto del Commercio Internazionale*
- DDC — *Documentação e Direito Comparado*
- DJ — *Direito e Justiça*
- Doc.G — *Documenti Giustizia*
- DÖD — *Der Öffentliche Dienst*
- DÖV — *Die Öffentliche Verwaltung*
- DPA — *Diritto processuale amministrativo (rivista trimestrale)*
- Droits — *revue française de Théorie, de Philosophie et de culture juridiques*
- DV — *droit et ville, revue de l'institut des études juridiques de l'urbanisme et de la construction*
- DVBl — *Deutsches Verwaltungsblatt*
- EPL — *European Public Law*
- ERPL — *European Review of Private Law*
- ETAF (1) — *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais: Decreto-Lei n.º 129/84*
- ETAF — *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais: Lei n.º 13/2002*
- EuGRZ — *Europäisches Grundrechte-Zeitschrift*
- EuZW — *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*
- EWG — *Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*
- FA — *Il Foro Amministrativo (Rivista mensile di dottrina e giurisprudenza)*
- FI — *Il Foro italiano*
- Fius. — *Forum Iustitiae*
- Gaceta — *Gaceta de la CE y de la Competencia*
- Gaz. Pal — *Gazette du Palais*
- GC — *Giustizia Civile*
- GDA — *Giornale di Diritto Amministrativo*
- GG — *Grundgesetz*
- Giurispr. Ital. — *Giurisprudenza Italiana*
- GRUR — *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*
- J — *Julgar*
- JA — *Juristische Arbeitsblätter*
- Jad. — *Justicia Administrativa — Revista de Derecho Administrativo*
- JC — *Jurisprudência Constitucional*
- JCP — *Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)*
- JEN — *Journal of Emergency Nursing*
- JF — *Jornal do Fôro (revista trimestral de estudos jurídicos)*
- JourT — *Journal des Tribunaux*
- JourTDE — *Journal des Tribunaux-Droit Européen*
- JURA — *Juristische Ausbildung*
- JuS — *Juristische Schulung — Zeitschrift für Studium und Ausbildung*
- JUS — *Rivista di Scienze Giuridiche*
- JZ — *Juristen Zeitung*
- LARDA — *Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, que veio revogar a Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, com a redacção introduzida pelas Leis n.ºs 8/95, de 29 de Março, e 94/99, de 16 de Julho, e transpõe para a ordem*

- jurídica nacional a Directiva n.º 2003/98/CE, do Parlamento e do Conselho, de 17 de Novembro, relativa à reutilização de informação do sector público
- Lasilo — Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho, que estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas n.os 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de Abril, e 2005/85/CE, do Conselho, de 1 de Dezembro
- LECiv/2000 — *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000
- Leg-CCL — *Legislação-Cadernos de Ciência de Legislação*
- LE DALLOZ — *Le Dalloz-Recueil*
- LJCA — *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*
- LPTA — Lei de Processo nos Tribunais Administrativos: Decreto-Lei n.º 267/85
- LdeTutela — Lei de Tutela do Estado sobre as autarquias locais (Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto)
- LTAR — Lei n.º 1034, de 6 de Dezembro de 1971, que é relativa aos Tribunais Administrativos Regionais italianos, com alterações introduzidas pela Lei de 21 de Julho de 2000, Lei n.º 205
- MDR — *Monatsschrift für deutsches Rechts*
- MLR — *The Modern Law Review*
- NCPC — *Nouveau Code de procédure civile*
- NJW — *Neue Juristische Wochenschrift*
- NLJ — *New Law Journal*
- NordÖR — *Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland*
- NVwZ — *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*
- NWVBl — *Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter*
- NZS — *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*
- OB — *L'observateur de Bruxelles*
- OJLS — *Oxford Journal of Legal Studies*
- P-EJC — *Procédures-Éditions du Juris Classeur*
- PL — *Public Law*
- Polis — Revista de Estudos Jurídico-Políticos
- ProjRdoCPTA — Projecto de alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos
- Rbdi — *Revue belge de droit international*
- R.Complutense — *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*
- RAE-LEA — *Revue des Affaires Européennes- Law & European Affairs*
- RAP — *Revista de Administración Pública*
- RD.Ch. — *Recueil Dalloz Sirey (de Doctrine de Jurisprudence et de Législation)*
- RDC — *Rivista di Diritto Civile*
- RDCom — *Rivista di Diritto Commerciale*
- RDE — *Rivista di Diritto Europeo*
- RDES — *Revista de Direito e de Estudos Sociais*
- Rdipp — *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*
- RDP — *Revue du Droit public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*
- RDProc. — *Rivista di Diritto Processuale*

- REALA — *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*
 REDA — *Revista española de Derecho Administrativo*
 REDP — *Revue européenne de droit public*
 RevDP — *Revista de Direito Público*
 rfda — *revue française de droit administratif*
 rfdc — *Revue française de droit constitutionnel*
 RFDUL — *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*
 RFSP — *Revue Française de Science Politique*
 RGLPS — *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*
 RGdesProc. — *Revue Générale des Procédures*
 RIE — *Revista de Instituciones Europeas*
 RIFD — *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*
 RISA — *Revue Internationale des Sciences Administratives*
 Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com. — *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*
 RJUA — *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*
 RJUModerna — *Revista Jurídica da Universidade Moderna-Porto*
 RLJ — *Revista de Legislação e de Jurisprudência*
 R-Lusíada — *Revista de Ciência e Cultura, Universidade Lusíada — Porto*
 rMC — *Revue du Marché Commun*
 RMC et UE — *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*
 RMP — *Revista do Ministério Público*
 RMUeu — *Revue du Marché Unique européen (revue trimestrielle de droit économique européen)*
 ROA — *Revista da Ordem dos Advogados*
 RPJ — *Revista del Poder Judicial*
 RegProcExp — Regime Processual Experimental, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho
 Riv. trim. app. — *Rivista trimestrale di appalti*
 RJUE — Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com a redacção introduzida pela sexta alteração ao diploma, concretizada, desta feita, através da Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro)
 RRcivilEE — Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Lei n.º 67/2007, de 3 de Dezembro
 RT — *Revista dos Tribunais*
 RTDC — *Revue Trimestrielle de Droit Civil*
 RTDE — *revue trimestrielle de droit européen*
 RTDH — *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*
 RtDP — *Rivista trimestrale di diritto pubblico*
 RTDPC — *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*
 RUDH — *Revue universelle des droits de l'Homme*
 RVAP — *Revista Vasca de Administración Pública*
 RVDPA — *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*
 SEF — Serviço de Estrangeiros e Fronteiras
 SI — *Scientia Iuridica*
 SJ — *Sub iudice*
 STA — Supremo Tribunal Administrativo
 SZ — *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*
 TAF — Tribunal Administrativo e Fiscal

- TCA-N — Tribunal Central Administrativo Norte
TCA-S — Tribunal Central Administrativo Sul
TEDH — Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TGI — *Tribunal de Grande Instance*
Themis — *Revista da Faculdade de Direito da UNL*
theAJCL — *The American Journal of Comparative Law*
ThürVBl. — *Thüringer Verwaltungsblätter — Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung*
TI — *Revista Temas de Integração*
TJ — Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
UPR — *Umwelt und Planungs Recht — Zeitschrift für Wissenschaft und Praxis*
VBIBW — *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg*
VerwArch — *VerwaltungsArchiv*
VwGO — *Verwaltungsgerichtsordnung*
ZBR — *Zeitschrift für Beamtenrecht*
ZHR — *Zeitschrift für das gesamte Handelsrechts und Wirtschaftsrecht*
ZPO — *Zivilprozeßordnung*
ZRP — *Zeitschrift für Rechtspolitik*
ZZP — *Zeitschrift für Zivilprozeß*

*Dies, ja dies allein ist Rache selber: des Willens
Widerwille gegen die Zeit und ihr "Es war"*

F. NIETZSCHE

PLANO

INTRODUÇÃO

PARTE I — Processo administrativo temporalmente justo e urgência: da *constitucionalização* e da *europização* do contencioso urgente — uma cultura jurídica europeia comum em torno da urgência e da categoria

PARTE II — A tutela jurisdicional de urgência e a transformação do contencioso clássico e do contencioso moderno: de categoria à soma de técnicas — a técnica da *summaria cognitio* e a emergência da categoria da tutela de urgência no contencioso tardo-moderno

PARTE III — A concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo na justiça administrativa: o modelo dos processos urgentes previstos nos Títulos IV e V do CPTA — a classificação, a redução à unidade e a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência

TESES

INTRODUÇÃO

São três as ideias centrais que se deseja apresentar na introdução a esta dissertação de doutoramento. A primeira concerne à tese propriamente dita, *id est* à sua estrutura, ao seu objecto e objectivo, sendo certo que também se tem intenção de justificar a escolha do tema. Cumpre, aliás, dar conta da complexidade da temática tratada — sobretudo atendendo ao plano da *praxis* e dos interesses públicos e privados subjacentes às pretensões jurídicas que se fazem valer no novo contencioso administrativo ⁽¹⁾ (I).

A segunda diz respeito à metodologia desenvolvida na procura da resposta para a pergunta formulada. E, a este propósito, importa sublinhar, desde já, a enorme dificuldade das questões jurídicas envolvidas. Assim é se, atendendo ao plano dogmático, se tiver especialmente em conta a heterogeneidade das figuras estudadas, a ambiguidade dos conceitos jurídicos tratados, os equívocos e as contradições jurídicas que, desde os tempos mais antigos, foram sendo transmitidas de escola para escola. E assim é também enorme a dificuldade se, na actualidade, se atentar nas novas «técnicas» ⁽²⁾ que vão sendo sugeridas e acolhidas na lei processual para permitir ao juiz *viajar no tempo* — quais «*buracos de verme*» ⁽³⁾ (II).

(1) Sobre este (novo) contencioso administrativo, vd., designadamente, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa (lições)*, 8.^a ed., Coimbra, 2006; SÉRVULO CORREIA, *Direito do contencioso administrativo*, Lisboa, 2005, esp. pp. 691 ss.; J. CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, 8.^a ed., Lisboa, 2005; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 4.^a ed., Coimbra, 2005; VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise — Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, Coimbra, 2005; L. F. COLAÇO ANTUNES, *A teoria do acto e a justiça administrativa — O novo contrato natural*, Coimbra, 2006; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito europeu dos contratos públicos — Um olhar português*, Coimbra, 2006.

(2) *Amplius* G. MONTEDORO, «Esigenze di tutela e rimedi giuridici», in: *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo — Trattato di giustizia amministrativa*, di F. CARINGELLA/R. GAROFOLI, Milano, 2006, pp. 5 ss.

(3) Como ensina, E. KLEIN (*O tempo de Galileu a Einstein*, tradução de *Les tactiques de Chronos* (éditions Flammarion), de Eduardo dos Santos, Caleidoscópio, 2007, pp. 69 ss.), os *buracos*

A terceira ideia é relativa ao resultado aqui apresentado. E, neste contexto, agora que os astrofísicos descobriram que não há uma constante cosmológica, como em tempos se entendeu — antes pelo contrário, há uma *aceleração da expansão do universo* que (sendo o *verdadeiro motor do tempo*) provoca a *aceleração do curso do tempo* — faz mais sentido do que nunca o acolhimento das *técnicas processuais* que asseguram a aceleração da protecção jurisdicional das situações jurídicas que lamentavelmente suportam «a flecha do tempo»⁽⁴⁾: *as situações-de-urgência*. E agora — momento em que se descobre que até o *tempo cósmico* está em aceleração — faz mais sentido reflectir na necessária relação a estabelecer entre o direito ao processo efectivo e a *tutela-jurisdicional-de-urgência*. Esta relação remonta ao *ius europeu* clássico e está cada vez mais viva no quadro jurídico administrativo europeu. Na realidade, tendo subjacente uma renovada tensão entre o tempo, a urgência e o *universo-jurídico-administrativo*, o resultado deste estudo é também ele fruto de uma *cultura jurídica europeia da urgência* que se vive hoje⁽⁵⁾ (III.).

I. A par da introdução e das teses finais, esta dissertação compreende três partes. Em cada parte inclui-se três capítulos. E cada capítulo está estruturado de modo a englobar três parágrafos, sendo certo que em cada parágrafo

cos de verme são os atalhos na topologia do espaço-tempo, que permitem ligar uma à outra duas regiões afastadas, sendo certo que, a ser possível, seriam eles a permitir ao homem viajar no tempo. Descoberto matematicamente por F. FLAMM, em 1916, o *buraco de verme* possui duas entradas, que podem distar entre si vários milhões de anos-luz, mas que um túnel no espaço-tempo pode permitir ligar por um caminho mais curto. Alguns físicos estão a estudar essa possibilidade de ao homem ser viável viajar no tempo!

(4) Como ensina, E. KLEIN (*O tempo...*, cit., pp. 82 ss.), foi o físico britânico A. EDDINGTON que, ao atribuir ao tempo o emblema da flecha, em 1929, quis fazer corresponder à flecha do tempo a irreversibilidade de certos fenómenos físicos, traduzindo a ideia de que é impossível alterar o curso de certas coisas. Assim, a flecha do tempo pressupõe a existência de um curso do tempo estabelecido, no seio do qual certos fenómenos são eles próprios temporalmente orientados, ou seja, irreversíveis, sendo certo que, uma vez realizados, é impossível anular o que eles produziram. A flecha do tempo é, em suma, uma propriedade que os fenómenos físicos têm ou não têm. Diz-se dos que são reversíveis que não têm flecha temporal e dos outros que são flechados.

(5) A este propósito, são interessantes os registos de J.-B. AUBY («Urgence» e «L'urgence, mode d'emploi», publicados na secção «Repères» da revista DA-EJC, 2000); G. RECCHIA, «Ordinamenti europei di giustizia amministrativa», in: *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Volume venticinquesimo, Milano, 1996, p. XLII; de MARIO P. CHITI, «L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario» in: *Evoluzione della giustizia amministrativa — Integrazione europea e prospettive di riforma: Atti del convegno Lecce, 21-22 novembre 1997*, a cura di E. STICCHI DAMIANI, Milano, 1998, pp. 71 ss., esp. pp. 82 ss.; R. CARANTA, «La giustizia amministrativa comunitaria», in: *Diritto amministrativo speciale. Il processo amministrativo — Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Tomo quarto, Milano, 2000, pp. 3736 ss.

as ideias são ordenadas por três pontos — assim: Parte I => Capítulo I, II, III; Capítulo I => § 1, § 2, § 3; Parágrafo 1 => ponto 1., ponto 2. e ponto 3. E, sem que tivesse existido uma obstinação pelo ritmo de explicação segundo a lógica *tese-antítese-síntese*, a verdade é que tal esquema foi sendo seguido espontaneamente no texto. Cada parte é iniciada com uma proposição, que não é senão a apresentação da súmula das ideias (tidas já como certas), que serão desenvolvidas respectivamente em cada um dos três capítulos, e termina com um balanço final, no qual se apontam as ideias a reter e o caminho a seguir. Cada capítulo é iniciado com um intróito, no qual se procura expor os temas que serão tratados em cada um dos três parágrafos do capítulo. Enfim, esta dissertação tem um **objectivo (1.)** e um **objecto** de estudo (2.), cuja determinação obedeceu a um conjunto de **motivações (3.)**.

1. Tal como em todas as teses de investigação se procura encontrar uma resposta para uma dada pergunta ou a solução para um certo problema, esta dissertação tem como propósito procurar saber se os processos urgentes autónomos, previstos no Título IV, e os processos urgentes cautelares, consagrados no Título V do CPTA, constituem uma (mesma e única) categoria de tutela jurisdicional. Por outras palavras, a pergunta subjacente à tese é a de saber se os processos urgentes previstos na lei processual administrativa podem classificar-se como sendo uma classe, um grupo, uma estirpe de tutela jurisdicional distinta. E este trabalho responde a um objectivo pragmático, não obstante pressupor o tratamento de questões de enorme dificuldade, para as quais a dogmática processualista nem sempre tem uma resposta uniforme.

Na verdade, o caminho da procura não obedece à lógica aristotélica, de descoberta de *categorias* ou de uma *quinta essência*. O trabalho tem um desiderato mais humilde, eminentemente de natureza prática, desdobrando-se em três tarefas: *a)* analisar para verificar a existência de denominadores comuns entre os processos urgentes; *b)* classificar os processos para os sistematizar; e *c)* sistematizar para simplificar a administração da justiça administrativa, *maxime*, para fazer cumprir o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, sobretudo quando está em causa a protecção de uma *situação-de-urgência*. Em suma, o trabalho obedece a uma lógica pragmática. Aliás, partindo da fásquia estabelecida na Lei Fundamental e no direito europeu — e pressupondo a prévia legitimação da *sociedade-da-urgência*, na qual, mais do que nunca, se tem consciência de que «o tempo é elemento fundamental do justo» ⁽⁶⁾, como escreve MARIA DA GLÓRIA — este estudo vai, no fundo, em direcção a con-

(6) MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «Os procedimentos cautelares. Em especial, a suspensão da eficácia do acto administrativo», DJ, Vol. X, Tomo 1, 1996, pp. 198 e 199.

ceber um único processo comum de urgência. Enfim, estando iminente a primeira reforma do CPTA, seria interessante pensar e propor a criação de um único processo de urgência — tanto mais quanto a multiplicidade e a repetição normativa constante dos Títulos IV e V do CPTA podem ser inimigas da aplicação do direito. O processo comum deveria incluir no seu objecto as *pretensões-jurídicas-de-urgência* que já são contempladas prioritariamente no CPTA — e não outras, como o ProjRdoCPTA parece sugerir —, podendo, portanto, desembocar em *decisões-de-urgência-de-mérito* ou em *decisões-de-urgência-provisórias*, sendo certo que, em qualquer caso, esse processo seria um processo sumário, devendo acolher os diversos instrumentos que concretizam a sumariedade.

2. Quanto ao **objecto** de estudo, cumpre dizer que ele inclui tanto o regime jurídico nacional, sobretudo o que integra o Título IV e o Título V do CPTA, como o regime jurídico europeu. Ou, dizendo o mesmo, por outras palavras, o objecto de estudo desta dissertação é fundamentalmente a disciplina jurídica que rege os processos consagrados naqueles preceitos do CPTA, a que o legislador de 2002/2003 fez corresponder uma forma especial de tramitação, uma idêntica função e uma mesma estrutura sumária, tendo-os distinguido pela forma e baptizado de processos urgentes. Contudo, como a disciplina consagrada no CPTA decorre da conformação constitucional e europeia, este trabalho também tem como objecto de estudo um regime jurídico de matriz constitucional e de fonte europeia.

Assim, num primeiro momento, importa ter em conta as normas constitucionais que prevêm o direito de acesso aos tribunais, nas suas diversas dimensões, incluindo a leitura que delas tem feito o TC, e, num segundo momento, importa ter em conta o direito europeu que determinou o acolhimento daquelas normas no CPTA, incluindo também a jurisprudência do TJ e do TEDH. Cumpre notar, aliás, que o direito ao processo efectivo e temporalmente justo foi ganhando *estatuto constitucional*, tanto no quadro do direito processual administrativo europeu como no plano do direito nacional dos Estados. É certo que, entre nós, esse estatuto constitucional é bem claro, sobretudo, desde 1997, após a IV revisão constitucional ⁽⁷⁾ — sendo inclusive digno de realce o facto de, no universo constitucional europeu, a CRP ser a única a consagrar expressamente a garantia à tutela jurisdicional de urgência, ínsita no direito de

(7) A este propósito, vd. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 6.^a ed., Coimbra, 2002, pp. 501 e 502; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a ed., Coimbra, 2001, pp. 356 ss.; JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 3.^a ed., Coimbra, 2000, pp. 256 ss., esp. p. 260.

acesso à tutela jurisdicional efectiva no domínio da justiça administrativa *ex vi* artigo 268.º, n.º 4, não sendo, pois, de estranhar que seja, entre nós, que se procure estudar, pela primeira vez, a existência de uma *categoria de tutela jurisdicional de urgência* (8).

E apraz também estudar o direito europeu, porque nos seus preceitos e na sua jurisprudência o direito de acesso aos tribunais foi alcançando maior consistência, nas duas diversas dimensões. Considerando, por exemplo, a CEDH, os órgãos da Convenção, *maxime* o TEDH, foram esclarecendo, pouco a pouco, que o direito de acesso de qualquer pessoa aos tribunais se desdobra em múltiplas garantias processuais, incluindo a de alcançar uma pronúncia jurisdicional «num prazo razoável» (artigo 6.º, § 1, da CEDH). E, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, a protecção destes direitos pressupõe «efectividade», nos termos do artigo 13.º, tal como pressupõe a protecção de qualquer outro direito ou liberdade, reconhecidos pela Convenção aos cidadãos dos Estados Signatários (9). Em qualquer caso, os cidadãos devem ter à sua disposição, no respectivo espaço nacional, mecanismos efectivos de defesa (10). Aliás, no que concerne às qualidades que devem ter esses mecanismos nacionais para que possam ser considerados como efectivos, à luz do artigo 13.º, a jurisdição europeia estabelece constantemente novas exigências — como aconteceu mais recentemente, por exemplo, em matéria de protecção do direito de asilo (caso *Gebremedhin c. France*/2007, processo n.º 25 389/05) — sendo certo que tais decisões impelem os Estados Signatários ao constante aperfeiçoamento dos respectivos mecanismos domésticos, numa lógica de *work in progress*, no sentido de que os mesmos devem oferecer «efectividade» (11), não apenas na teoria como na prática, sendo certo, de resto, que não

(8) Fez-se uma primeira tentativa no nosso, *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo*, Lisboa, 2004.

(9) Na afirmação desta garantia, foi determinante a decisão proferida no caso *Kudła c. Polónia*. Sobre a importância da colocação do artigo 13.º ao serviço da protecção do direito à emissão de sentença em prazo razoável, consagrado no artigo 6.º da Convenção, vd. J.-F. FLAUSS, «Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable: un revirement de jurisprudence historique», RTDH, 2002, 49, pp. 179 ss.

(10) E sobre o conceito de efectividade no seio das regras acolhidas na CEDH, vd., *ex multis*, J. CALLEWAERT, «La Cour Européenne des Droits de l'Homme et l'Urgence», RTDH, 1994, pp. 301 ss.; F. FRUMER, «Le recours effectif devant une instance nationale pour dépassement du délai raisonnable», JourTDE, 77, 2001, pp. 49 ss.; C. A. NØRGAARD/H. C. KRÜGER, «Interim and conservatory measures under the European system of protection of human rights», *Fortschritt im Bewußtsein der Grund- und Menschenrechte, Festschrift für Felix Ermacora*, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1988, pp. 109 ss.

(11) Aliás, o TEDH veio claramente dizer que seria necessário ao Estado garantir ao requerente do direito de asilo processos rápidos e não apenas processos com efeito suspensivo, já que lhe é devido obter um mecanismo efectivo e nestas situações isso pressupõe obter uma

é considerado suficiente a previsão de figuras de reparação. E, a garantir-se um mecanismo que permita às vítimas alcançar uma indemnização pelos danos decorrentes da violação da Convenção, necessário é que ele realize uma reparação eficaz (tanto em teoria como na prática), suficiente e (também ela) realizável em prazo razoável ⁽¹²⁾.

Justifica-se, pois, o estudo do *ius commune europeu*, do qual foi brotando, «mesmo debaixo dos nossos olhos» ⁽¹³⁾, a categoria da tutela de urgência sendo certo que foi emergindo sobretudo graças à actividade desenvolvida pelo juiz europeu ⁽¹⁴⁾. Aliás, centrando a expressão «europeização» ⁽¹⁵⁾ no quadro da União Europeia, importa reconhecer que a convergência em matéria de protecção urgente se iniciou mesmo por via jurisprudencial — sobretudo a propósito da aplicação da tutela cautelar nos casos *Factortame*, *Zuckerfabrik*, *Atlanta* e *Krüger* ⁽¹⁶⁾ —,

decisão de mérito em tempo útil. Na verdade, o Tribunal de Estrasburgo, em 26 de Abril de 2007, no processo *Gebremedhin c. France* (n.º 25389/05), censurou por unanimidade o Estado francês por, ao negar asilo e expulsar um jornalista eritreu, não lhe oferecer um mecanismo interno efectivo de defesa, sendo certo que ao dar a ordem de expulsão e ao ser rejeitado pelo juiz administrativo o pedido de suspensão daquela decisão em processo de *référé-liberté* (nos termos do artigo L. 521.2 do CodeJA), o TEDH considerou ter existido violação dos artigos 3.º e 13.º da Convenção, pois em causa estava tanto o risco de a vítima poder vir a sofrer tortura, pena ou tratamento desumano ou degradante em consequência da expulsão como a ausência de um recurso efectivo de defesa, tendo procedido à intimação das autoridades francesas para procederem à suspensão imediata da decisão (o que permitiu ao estrangeiro obter uma autorização provisória de permanência de forma a poder defender-se e aguardar uma decisão definitiva ainda em espaço francês) — tendo o TEDH dado um salto em diante, depois das decisões *inconclusivas* proferidas nos casos *Cruz Varas c. Suécia* e *Čonka c. Bélgica*. Sobre este assunto, vd., por todos, CÉDRIC SENELAR-GIL, «Recours juridictionnel contre une décision de non-admission sur le territoire: le référé-liberté, remède ou placebo? Quelques réflexions sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 avril 2007, Gebremedhin/France» (in www.guglielmi.fr).

⁽¹²⁾ Neste sentido, vd. o relatório n.º 316/2004, apresentado pela Venice Commission, em Estrasburgo, em 22 de Dezembro de 2006: *Study on the effectiveness of national remedies in respect of excessive length of proceedings*, esp. pp. 36 ss.

⁽¹³⁾ Expressão de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», Separata da RtDP, 1, 1999, p. 14.

⁽¹⁴⁾ Como afirmámos, quase a medo, na nossa *Introdução...*, cit., pp. 185 ss.

⁽¹⁵⁾ Sobre este conceito, vd. fundamentalmente, J. SCHWARZE, «L'eupéanisation du droit administratif national», in: *Le Droit Administratif sous l'influence de l'Europe. Une étude sur la convergence de ordres juridiques nationaux dans l'Union Européenne*, Baden-Baden, Bruxelles, esp. p. 20 e pp. 812 ss.; FAUSTO QUADROS, *A nova dimensão do direito administrativo. O direito administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, 1999; IDEM, «A europeização do contencioso administrativo», in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol. I, Coimbra, 2006.

⁽¹⁶⁾ Aliás, segundo FAUSTO QUADROS (*Direito da união europeia*, Coimbra, 2004, p. 546) a tutela cautelar no contencioso comunitário já foi considerada como matéria que «mais interesse tem vindo a suscitar a propósito da aplicação do Direito Comunitário pelo juiz nacional».

tendo-se acentuado em certos domínios, por actuação legislativa, como designadamente no da contratação pública. E, aqui, especialmente, no domínio do contencioso relativo à formação dos contratos públicos, a aproximação de regimes resultou da transposição das Directivas Recursos. Aliás, a mais recente Directiva Comunitária (n.º 2007/66/CE, de 11 de Dezembro) vem precisar novas exigências em matéria de garantias, impondo o aperfeiçoamento dos mecanismos nacionais em ordem a ser alcançada uma verdadeira efectividade neste domínio, acentuando a tendência de alargamento e aprofundamento da disciplina europeia da contratação pública (chegando a conformar substancialmente o regime da execução dos contratos ilegalmente precedidos de ajuste directo).

Em suma, o estudo do direito administrativo europeu justifica-se tanto mais quanto, na verdade, ele pressupõe a adopção de uma pauta comum de concretização do direito de acesso aos tribunais, fazendo com que os legisladores nacionais procedam a uma «verdadeira colonagem»⁽¹⁷⁾, para usar uma expressão cara a PAULO OTERO, dos regimes jurídicos europeus de protecção do direito ao processo efectivo e temporalmente justo. E justifica-se o estudo tanto mais quanto, impondo «*standards* mínimos de efectividade», como escreve SÉRVULO CORREIA⁽¹⁸⁾, ele pressupõe parâmetros objectivos uniformes de apreciação desse valor de protecção, impondo deveres de reparação uniforme em caso de violação do direito à emissão de sentença em prazo razoável.

Pena é que o legislador nacional não tenha sabido aproveitar a oportunidade para consagrar um regime específico para prever a obrigação de o Estado português indemnizar os danos decorrentes da excessiva morosidade dos tribunais. Aliás, o RRCivilEE contém sérias insuficiências de disciplina, colocando nas mãos do juiz administrativo todas as questões complexas que este tema envolve — quais sejam, a da valoração da razoabilidade da duração processo (ou seja a ilicitude), a da apreciação do dano a indemnizar e a do cálculo do *quantum* da reparação — obrigando-o a estar atento à mudança de bitolas e grelhas europeias e obrigando-o a segui-las, numa *lógica do precedente*⁽¹⁹⁾.

3. Quanto à justificação da escolha do tema tratado, importa dizer que a primeira razão é de ordem pessoal (**3.1.**). A segunda é de ordem exógena. E diz respeito à importância que a tutela jurisdicional das *pretensões-jurídicas*

(17) Parafraseamos PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003, pp. 484 e 485.

(18) Expressão de SÉRVULO CORREIA, *Direito do contencioso...*, cit., p. 188.

(19) Para considerações desenvolvidas sobre o tema, remetemos para o nosso «A responsabilidade do Estado pela violação do prazo razoável: *Quo vadis?*», RMP, 115, 2008, pp. 5 ss.

-de-urgência adquiriu no plano da *praxis*, uma vez que o factor tempo foi ganhando um novo significado no contencioso administrativo do século XXI. Na realidade, dada a metamorfose do contencioso administrativo, seria obrigatório dar atenção à sua nova configuração (3.2.). Neste tipo de contencioso tardo-moderno ⁽²⁰⁾, os *sujeitos-no-processo* — sejam eles simples particulares, sindicatos, empresas nacionais ou empresas pertencentes a um Estado da União Europeia ou a própria administração pública metamorfoseada (a incluir tanto a Administração pertencente ao sector clássico como a *administração em fuga* para o sector privado, tanto a *administração privada de poderes públicos* como a *administração independente*) ⁽²¹⁾ — não podem ter à sua disposição senão técnicas processuais que concretizem o respectivo direito ao processo efectivo e temporalmente justo. Há, de facto, um factor exógeno, assente numa nova configuração jurídica da relação entre tempo, processo administrativo *tardo-moderno* e urgência, que também justifica a escolha do tema ⁽²²⁾ (3.3.).

3.1. Houve, pois, vontade de continuar um estudo que se sabia inacabado, quando se apresentou a tese de Mestrado, em Novembro de 1999 ⁽²³⁾. De facto,

⁽²⁰⁾ Sobre este conceito empregue no texto, vd. G. ROMEO, «Il giudice amministrativo nella società tardomoderna», DPA, 1997, pp. 193 ss.

⁽²¹⁾ Sobre as novas configurações da administração pública, vd. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, 1996; JOSÉ L. CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e a Constituição*, Coimbra, 2002; PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra, 2005.

⁽²²⁾ Exactamente neste sentido, M. ROSSI SANCHINI («Un convegno su la tutela cautelare nel processo amministrativo», RtDP (3) 2003, pp. 952 ss.; p. 956), apresentando a síntese da exposição de F. MERUSI no Colóquio que decorreu na Universidade de Siene, escreve o seguinte: «è cambiato il ruolo della pubblica amministrazione e quindi anche i contenuti del processo amministrativo sono mutati. La lettura di un recente testo che raccoglie le Grandi decisioni del Consiglio di Stato chiarisce che esse fanno riferimento a controversie di scarso rilievo economico nella prima metà del Novecento; le cose, invece, cambiano quando la pubblica amministrazione comincia ad entrare nell'ambito dei grandi rapporti economici. I ricorrenti hanno interessi concreti. La Comunità Europea emana direttive e impone una disciplina non nell'interesse dell' amministrazione, mas nell'interesse degli appaltatori, cioè crea un mercato dei pubblici appalti, con determinati tipi di regole. Perciò è importante che ci sia la concorrenza e che compaia l'interesse generale del mercato. Le imprese hanno interesse ad ottenere una sospensiva perché così non si paga subito o ad ottenere immediatamente una ingiunzione di pagamento perché con questa possono scontare un credito certo e ottenere il differenziale di interessi. (...). Il processo amministrativo diventerà un'altra cosa rispetto a quello che appare nella raccolta delle Grandi decisioni del Consiglio di Stato».

⁽²³⁾ Texto que se publicou posteriormente: *Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no processo administrativo*, Coimbra, 2002.

quando se iniciou o estudo sistemático da tutela cautelar no contencioso administrativo, foi simples verificar que a tutela cautelar era apenas uma espécie de um género de tutela jurisdicional — de um género ou de uma categoria mais ampla e mais complexa — cuja caracterização exigiria mais estudo e tempo. E tempo era um elemento de que nesse momento não se dispunha, porque os prazos de entrega de tese de Mestrado são relativamente incompatíveis com amadurecimentos de conceitos e de ideias. E, por isso, nessa altura, procedeu-se tão-somente à caracterização da tutela cautelar no processo administrativo — sendo certo que, ainda assim, foi confessada a dificuldade que poderia vir a ser a extensão do estudo da espécie ao género. De resto, foi possível apurar que a tutela cautelar se caracteriza pela instrumentalidade, pela provisoriedade e pela sumariedade. E foi igualmente possível ficar com a certeza de que a tutela jurisdicional de urgência se proporcionaria através de outras figuras que já não poderiam ser ali caracterizadas, tanto mais que esse não era o objecto da dissertação de Mestrado.

E, para além da enorme complexidade que o tema envolvia, a dificuldade do alargamento do objecto de estudo manifestava-se de duas formas. Uma delas dizia respeito à ausência de estudos de tipo sistemático (alargados à figura da tutela de urgência), de que resultava tanto a ausência de critérios de classificação como a ausência de ferramentas de trabalho. A outra dificuldade advinha do significado que a tutela cautelar vinha adquirindo na *praxis* e da metamorfose categorial que a mesma vinha sofrendo. Aliás, mesmo antes da reforma introduzida na lei processual administrativa, a tutela cautelar tinha adquirido uma importância significativa e um peso determinante no contencioso administrativo, tendo-se transformado, não raras vezes, em tipo de tutela jurisdicional alternativa — e, por isso, descaracterizada e sem limites. E para a estudar, seria necessário operar com novas ferramentas de sistematização e de classificação. Havia, pois, vontade de continuar a trabalhar.

3.2. E cumpria, pois, proceder a um estudo mais alargado, *id est* um estudo cujo objecto deixasse de ser a espécie de tutela urgente cautelar para passar a ser o género da tutela jurisdicional de urgência. Na verdade, a ampliação do objecto também se justificava pelo facto de a espécie cautelar ter perdido os seus contornos, uma vez que, quer no plano dos estudos desenvolvidos pela ciência do direito processual, quer a partir do ponto de vista da jurisprudência dos tribunais administrativos, a tutela cautelar foi perdendo identidade. E daqui emergiam riscos. E, tais riscos foram aumentando ao mesmo tempo que o recurso à tutela jurisdicional de urgência disparou, tal como se temia, depois de 2004, com a entrada em vigor do CPTA. E, com efeito, no contexto de uma «sociedade da urgência, em metamorfose de valores, nos termos da qual a preferência pelo presente surge à custa da desvalorização do

futuro» (24), não é de estranhar que os *sujeitos-particulares* e o *sujeito-administrativo* revelassem preferir obter a satisfação das suas pretensões através de processos urgentes, mesmo que estes não lhes oferecessem plenas garantias de defesa. Na verdade, se em 1999 apenas se encontrou quatro decisões dos tribunais administrativos proferidas em matéria de providências cautelares não especificadas, a partir de 2004 deixou de ser possível abarcar o universo das *decisões-de-urgência* decretadas, e, por maioria de razão, deixou de ser possível estar a par do universo das solicitadas aos tribunais administrativos.

Como se percebe, quanto à motivação de ordem externa, ela concerne a factores que se localizam no espaço nacional e estão relacionados com o fenómeno da *urgencialização* do contencioso administrativo. Na realidade, aqui assistimos ao crescimento exponencial do recurso à tutela de urgência. Esta ganhou uma importância significativa e perigosa. Completamente descaracterizada, a tutela cautelar transformou-se em tutela alternativa e o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* passou a gerir novos poderes, de entre os quais se evidenciam o de antecipar a decisão de mérito no âmbito de um processo cautelar, ao abrigo do artigo 121.º do CPTA, e o de antecipar para o momento declaratório o poder de condenação da Administração com efeitos substitutivos, *ex vi* artigo 109.º, n.º 3, do CPTA, aquilo que normalmente só é possível em sede de execução de sentença. Enfim, seria necessário caracterizar e limitar este novo tipo de tutela jurisdicional — tanto mais quanto a justiça administrativa tardo-moderna está bem longe daquilo que foi durante o contencioso administrativo clássico.

Na verdade, agora, a justiça administrativa é também uma justiça típica de uma sociedade *tardo-moderna* ou *sociedade de risco* ou *sociedade da urgência*: sociedade que eterniza o presente e prefere o experimental e o provisório. Hoje, o contencioso administrativo tem novos actores e nele protegem-se diferentes tipos de interesses. Assim, quanto aos actores processuais, encontramos uma administração pública transformada, mais privatizada, mais empresarial e concorrencial e mais descentralizada. Assim, para além do Estado, encontramos, as autarquias muito preocupadas com os interesses locais, incluindo os interesses ambientais e de saúde pública dos seus municípios, os particulares bem assessorados, os sindicatos e as empresas nacionais e empresas pertencentes a outros Estados da União Europeia, que invocando garantias contenciosas europeias favoráveis, não podem aguardar, do ponto de vista económico-financeiro, que os tribunais julguem, de acordo com os prazos ordinários, da alegada violação do direito da contratação pública e não podem

(24) Neste sentido, Z. LAÏD, «L'urgence ou la dévalorisation culturelle de l'avenir», *Esprit*, n.º 240, 1998, pp. 8 a 20.

desejar que os procedimentos de formação desses contratos fiquem suspensos eternamente. Além disso, encontramos um Ministério Público que, por lei, deve estar mais preocupado com a defesa da legalidade democrática e de certos interesses e valores do que em defender as entidades administrativas — que agora devem defender-se a si próprias em condições de igualdade com a outra parte na lide — ou substituir o juiz na administração da justiça.

E quanto aos interesses que se opõem no processo, importa sublinhar que, a par das relações jurídicas administrativas que são cada vez mais dissimétricas, eles são cada vez mais diversos, podendo configurar-se a hipótese de existirem interesses públicos e privados em ambos os lados opostos da lide processual. Assim apraz evidenciar ainda que no processo se digladiam diferentes tipos de interesses públicos e privados: interesses públicos nacionais, regionais, locais e interesses públicos europeus; interesses individuais, os interesses meta-individuais e de grupo, os interesses do homem e da natureza e os interesses das gerações presentes e das gerações futuras; os interesses ambientais e dos recursos naturais e os interesses económicos e da produção industrial. Enfim, basta reflectir sobre os ritmos de cada um destes tipos de interesses aqui mencionados para perceber como é difícil e motivador pensar em conciliá-los processualmente. Compare-se o tempo longo de crescimento de uma floresta e o tempo curto do consumo do papel. E pense-se na aceleração do desgaste e destruição dos bens ambientais e na demora dos diálogos para encontrar soluções (incluindo jurídicas) capazes de proteger o planeta e que potenciem um desenvolvimento sustentável do recursos.

3.2.0. Pois bem, a partir de 2004, foi operada uma transferência do contencioso administrativo do *sujeito-jurisdicional* para o *sujeito-jurisdicional-de-urgência*. E daqui decorrem perigos — perigos que sempre emergem da substituição do modelo de tutela ordinário pelo modelo de tutela especial ou modelo que funciona numa lógica de atenuação e de desvio ⁽²⁵⁾. Enfim, do ponto de vista dos riscos de quem decide de urgência e do ponto de vista de quem requer uma decisão de urgência e corre o risco de não a obter, importa, pois, sublinhar a perigosidade subjacente a este tema. E esta é, de facto, uma razão pela qual também escolhemos continuar a estudar a tutela jurisdicional de urgência.

Os processos relativos aos casos *Túnel do Marquês*, *Borndiep*, *Encerramento das Maternidades* de Santo Tirso, Elvas, Oliveira de Azeméis, Barcelos e Mirandela, bem como os processos relativos aos casos *Mateus*, *Prédio*

(25) Sobre a noção de urgência e o carácter derogatório que ela impõe, vd. P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, 1968, p. 238.

Coutinho, Candidato às Presidenciais de 22.01.2006, Manifestação de Militares e os casos *Co-incineração de Souselas e Outão*, o *da Repetição das provas de química e física* e o *da Rede Eléctrica Nacional* são os exemplos mais fortes de como o contencioso urgente tem vindo a ocupar o centro do contencioso administrativo e de como as providências cautelares, as resoluções fundamentadas de interesse público e as intimações urgentes entraram de vez no vocabulário do cidadão comum. Na realidade, se é um facto que este fenómeno se manifesta em todos os campos do contencioso administrativo, também é certo que, nos últimos anos, tem vindo a revelar-se mais intensamente em domínios específicos deste contencioso, assim acontecendo no da contratação pública, das questões escolares e universitárias, do funcionalismo público, do desporto e da cultura, da saúde, e nos domínios do ordenamento do território, urbanístico e ambiental.

E é prova do que de disse o número sempre crescente de processos urgentes, *maxime* processos referentes ao contencioso dos contratos públicos (26) e processos cautelares (27), que foram dando entrada nos tribunais administrativos, depois de 2004. Um dos primeiros casos — ou, pelo menos, um dos casos mais mediáticos — em que o juiz administrativo foi chamado a intervir com urgência foi o do *Túnel do Marquês*. E, de entre as primeiras providências cautelares decretadas no novo contencioso administrativo, inclui-se aquela que foi decretada a título provisório, no caso *Obras do IC1 Viana do Castelo/Riba de Âncora* (28) e a que foi emitida no caso *Cidade Judiciá-*

(26) O processo referente à suspensão da *Adjudicação e da Execução da Empreitada de Remodelação da Marginal de Vila Nova de Gaia* é um exemplo. O processo cautelar relativo à suspensão da adjudicação da empreitada de «Recuperação e Remodelação da Casa Verdades Faria-Museu da Música Portuguesa», dirigido contra o Município de Cascais, o processo relativo à suspensão adjudicação da empreitada «Pavimentação betuminosa de caminhos municipais na Serra do Caramulo», accionado contra o Município de Tondela, e o relativo à suspensão do concurso público lançado pelo Município de Lamego para a «Realização de circuitos especiais de transportes escolares para o concelho de Lamego para o ano lectivo 2004/2005» são outros três exemplos. A este propósito, respectivamente, vd. acórdão do TCA-N de 17.02.2005, processo n.º 617/04.4BEPRT (caso GALAPOLIS); acórdão do TCA-S de 16.03.2005, processo n.º 607/2005 (caso *Museu Faria*); acórdão do TCA-N de 14.04.2005, processo n.º 1214/04.0BEVIS (caso *transportes escolares*).

(27) E de entre os processos cautelares há um número muito significativo que é accionado contra as autarquias, sendo certo que nestes processos são formulados pedidos muito arrojados. A este propósito, vd., por exemplo, acórdão do TCA-N de 14.04.2005, processo n.º 1412/04.6BEPRT (caso *Despejo de Netos*); acórdão do TCA-N de 13.01.2005, processo n.º 163/04 (caso da *Providência de Arbitramento para Reparação Provisória por Dano Emergente de Derrocada de Casa licenciada pela Autarquia*); e acórdão do TCA-N de 03.03.2005, processo n.º 687/04.5BEVIS (caso *intimação para emissão de parecer de compatibilidade*).

(28) Providência decretada pelo TAF de Braga a pedido do Município de Caminha contra a empresa Euroscut Norte S.A., na modalidade de suspensão imediata da execução das obras

ria de Caxias⁽²⁹⁾. Mas, muitos outros processos urgentes poderiam aqui ser lembrados⁽³⁰⁾.

Enfim, não há como negar que o contencioso administrativo, incluindo o contencioso autárquico, se tem vindo a revelar urgente. Aliás, actualmente, são até os meios de comunicação social que nos dão a conhecer alguns desses conflitos emergentes das relações jurídicas administrativas autárquicas, que o juiz administrativo de círculo é chamado a resolver sem demora. Em muitas destas situações, a maioria relacionada com a execução de empreendimentos e infra-estruturas públicas, os particulares e as demais entidades legitimadas, incluindo as associações ambientalistas, cidadãos, empresas (candidatas ou concorrentes nos procedimentos concursais) e o Ministério Público, lançam mão, com maior frequência, de processos urgentes e processos cautelares com vista a paralisar a actuação administrativa que consideram ser ilegal e susceptível de causar danos irreversíveis. E, claro, não deixa de ser preocupante que a tutela urgente assuma um lugar privilegiado no contencioso administrativo, tanto mais que a pressão do tempo e o risco de se formarem situações de facto consumado, por um lado, e os diversos riscos decorrentes do eventual decretamento da providência para os múltiplos interesses públicos e privados conflituantes, por outro, impedem o tribunal de decidir com ponderação e serenidade. E como sabemos, *velox consilium sequitur poenitentia...*

do IC1, uma vez que estas, por violarem as medidas de minimização impostas pela DIA e pelo RECAPE, punham em risco a qualidade da água do rio Âncora e a integridade física, a saúde, o ambiente e a qualidade de vida locais.

(29) Neste caso, o TAF de Sintra ordenou a suspensão das obras de construção da nova sede da Polícia Judiciária, na Freguesia de Caxias, concelho de Oeiras, levada a cabo pelo Ministério da Justiça e pelo Instituto de Gestão Financeira e Patrimonial da Justiça, por (alegaadamente) decorrerem sem que tivessem sido precedidas da prévia autorização por parte do Ministro do Ordenamento do Território.

(30) E, de entre tantos, trazemos à colação os *processos de Coimbra*, relativos ao projecto imobiliário *Eurostadium* e ao empreendimento comercial *Forum Coimbra*; o caso do empreendimento *Campus S. João*, construído nas traseiras do Hospital S. João do Porto, que foi objecto de embargo camarário e, posteriormente, de providência cautelar; o caso das obras de requalificação do *Centro Histórico de Alcobaca*, que foi levado a tribunal por uma Comissão Representativa de Empresários, Proprietários e Moradores de Alcobaca, com vista a obter a suspensão das mesmas obras, por não terem sido precedidas de «qualquer tipo de estudo»; o caso do *Convento dos Inglesinhos*, no âmbito do qual se pediu ao TAF de Lisboa a adopção de providência cautelar contra o Município de Lisboa e a empresa *Highgrove Clubes Residenciais S. A.*, de modo a obstar à transformação do Convento do séc. XVI num condomínio privado, sendo certo que a providência visaria suspender as obras do complexo habitacional fechado e o acto de licenciamento, por este «violar vários artigos do Plano Director Municipal». Também o caso das *obras do metro do porto*, junto ao Hospital S. João, constitui mais um exemplo recente de contencioso autárquico urgente. Sobre este tema, vd. o nosso «O contencioso administrativo das autarquias locais: um contencioso que se tem revelado muito urgente», SI, n.º 304, 2005.

3.2.1. Aliás, o processo relativo ao *caso Túnel do Marquês*, em que foi solicitada a suspensão da execução das obras do túnel, constituiu, como mencionámos, um dos primeiros exemplos mediáticos submetido à apreciação dos tribunais administrativos, logo após a entrada em vigor do CPTA. A questão foi apreciada, em primeiro grau de jurisdição, pelo TAF de Lisboa, e, posteriormente, pelo TCA-S, em sede de recurso jurisdicional. Ambas as instâncias decretaram a providência cautelar de modo a obstar à execução de obras que consideraram não ter sido precedidas de estudos e pareceres necessários, incluindo a Avaliação de Impacte Ambiental, tendo intimado o Município de Lisboa a desencadear este procedimento. O Supremo Tribunal Administrativo, pelo contrário, pronunciando-se, em sede de recurso de revista excepcional, veio revogar as decisões anteriores e ordenar a continuação dos trabalhos, tendo procedido, entre outros aspectos, a diferente ponderação de interesses públicos e privados em presença ⁽³¹⁾. Aliás, o critério da ponderação de interesses também serviu para que o TCA-S procedesse ao indeferimento do pedido apresentado pelo Município de Leiria contra o Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, Estradas de Portugal, E.P.E., e outros, de suspensão da eficácia dos despachos do Director Coordenador da Área de Concessões da Estradas de Portugal, E.P.E., que haviam aprovado a geometria do traçado da A17 e o seu projecto de execução, tendo o TCA indeferido os pedidos de suspensão da eficácia de tais despachos e de intimação no sentido da abstenção de prossecução dos trabalhos, pois o deferimento da providência causaria um elevado prejuízo ao erário público ⁽³²⁾.

E são, de facto, variados os exemplos de processos urgentes que foram sendo accionados nos tribunais administrativos, sendo certo que muitos deles estão relacionados com os procedimentos de formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, fornecimento de bens e prestação de serviços. Através desses processos, os operadores económicos foram procurando obter tanto a anulação de decisões de adjudicação como a total paralisação desses procedimentos ⁽³³⁾. E muitas têm sido as dúvidas colocadas em torno da aplicação do regime que versa sobre tal contencioso urgente pré-contratual, incluindo

⁽³¹⁾ Sobre este assunto, vd. a sentença do TAF de Lisboa de 22.04.2004, o acórdão do TCA-S de 14.09.2004 e o acórdão do STA de 24.11.2004, processo n.º 1011/04 (e a este propósito, vd. a anotação ao acórdão de J. M. SÉRVULO CORREIA, «O princípio *pro actione* e o âmbito da cognição no recurso de revista», CJA, n.º 48, 2004, pp. 43 ss.).

⁽³²⁾ Neste sentido, vd. acórdão de 05.07.2007, processo n.º 2601/07.

⁽³³⁾ A propósito do regime do contencioso pré-contratual, vd. o nosso «O contencioso dos contratos da Administração Pública: notas sobre um domínio do contencioso administrativo de feição muito urgente», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra, 2006 (tb. publicado RMP, n.º 108, 2006, pp. 151 a 196).

o cautelar⁽³⁴⁾. A solução dualista de contencioso pré-contratual — que, de acordo com o ProjRdoCPTA, se pretende afastar — e a natureza imperativa do processo urgente é já pacífica, só se compreendendo que por descuido certos operadores económicos preteridos em procedimentos concursais ainda falhem no momento da identificação da acção processual adequada, consagrada no artigo 100.º do CPTA⁽³⁵⁾. Tal como a dúvida quanto ao âmbito de aplicação do processo urgente já parece hoje esclarecida⁽³⁶⁾. O certo é que os particulares lançam mão com mais frequência dos processos urgentes pré-contratuais.

(34) Por exemplo, uma incerteza respeita à estrutura do próprio processo urgente cautelar. Assim, justificando com o carácter sumário e de urgência do processo, o TCA-S indeferiu o incidente de intervenção de terceiros em hipóteses de litisconsórcio voluntário (acórdão de 12.04.2007, processo n.º 2344/07), num processo cautelar de suspensão da eficácia da deliberação da Comunidade Urbana da Lezíria do Tejo, relativa ao *concurso público internacional para selecção de empresa /parceiro privado para participar na constituição de uma empresa intermunicipal de capitais maioritariamente públicos para gestão e exploração dos sistemas de abastecimento de água para consumo público e saneamento dos municípios da Lezíria do Tejo*.

(35) Assim aconteceu, por exemplo, a propósito da escolha do processo para impugnar a adjudicação da prestação de serviços de transporte escolar das Escolas EB 1/2 de Vila Praia de Âncora e do acto de admissão de um candidato ao concurso. Aliás, como esclareceu o TCA-N (no acórdão de 01.02.2007, processo n.º 81/04.8BEBRG), essa deveria ter sido a acção proposta, uma vez que, tratando-se da impugnação de actos referentes ao procedimento de formação de um contrato público de prestação de serviços — que até à entrada em vigor do novo CCP era disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho — assim o impunha a natureza imperativa e exclusiva que o CPTA atribui a tal meio processual, sendo certo que o tribunal também elucidou que, para efeito de prazo de utilização do meio processual urgente, pouco revelaria o desvalor jurídico do acto a impugnar, valendo o prazo de um mês, tanto para actos nulos como para actos anuláveis. Ainda que a solução não seja pacífica, nem na doutrina nem na jurisprudência, vd., no mesmo sentido, acórdão do STA de 12.12.2006, processo n.º 528/06.

(36) Esta dúvida foi esclarecida no momento em que recorreu aos tribunais administrativos um concorrente preterido num concurso público para «*Prestação de serviços de recolha de resíduos sólidos urbanos indiferenciados, lavagem, desinfecção, desengorduramento e desodorização de contentores — Zona I (Freguesias de Cascais, Estoril e Alcabideche)*». Assim, uma vez que o procedimento concursal tinha sido desencadeado pela *Empresa de Ambiente de Cascais, E.M.*, e que o acto de adjudicação padecia de vícios, fácil seria perceber que tal questão caberia no âmbito de jurisdição dos tribunais administrativos — como o TAF de Sintra veio a reconhecer bem como o TCA-S (acórdão de 14.06.2007). Aliás, o TCA considerou que, tendo tal empresa municipal submetido o respectivo procedimento ao regime constante do antigo Decreto-Lei n.º 199/99, de 8 de Junho, não haveria como não reconhecer a competência da jurisdição administrativa para decidir sobre tal assunto, tanto mais que, entre estas duas entidades havia sido celebrado um contrato programa para gestão dos serviços públicos de recolha de resíduos, naquele concelho. Não hesitando quanto a essa solução, vd. acórdão do TCA-N (de 29.03.2007, processo n.º 79/05.9BEMDL), a propósito da impugnação urgente da deliberação de adjudicação da prestação de serviços de recolha, transporte e limpeza de resíduos urbanos, do concelho de Vila Real, emitida pelo Conselho da Administração da *EMARVR — Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Vila Real, E.M.*

3.2.2. E é certo que as *situações-de-urgência* se alastram a todas as matérias jurídico-administrativas. E o exercício de direitos, liberdades e garantias ou a protecção de bens e valores constitucionalmente protegidos, quando envolvidos em contencioso administrativo, por se solicitar a intimação das entidades administrativas para actuarem ou se absterem de actuar, para que não obstem ou pelo contrário para que permitam o exercício dos direitos ou a protecção dos valores citados, apresentam-se normalmente em *situação-de-urgência*, impondo uma protecção jurisdicional no *tempo-presente* — o que normalmente se comprova, quando, em segunda instância, o tribunal vem declarar a inutilidade superveniente da lide, por já não ser possível assegurar efectivamente o exercício do direito reivindicado ⁽³⁷⁾.

E os particulares têm posto à prova a eficácia deste mecanismo processual, sobretudo nos domínios das questões escolares ⁽³⁸⁾ e profissionais ⁽³⁹⁾. Mas não só.

⁽³⁷⁾ Esta natureza ficou bem patente no caso *Women on waves*, porque o navio *Borndiep* estava fretado por um período de tempo limitado, findo o qual teria de regressar à Holanda. Assim, uma vez que o TAF de Coimbra havia considerado que não ficara provada qualquer violação de direitos, liberdades e garantias, *maxime* liberdades de expressão, associação, manifestação, reunião, livre circulação e direito à informação (sentença de 06.09.2004, processo n.º 496/04.1.3BECER), e depois de ter sido interposto recurso, o TCA-N só pôde declarar extinta a instância por inutilidade superveniente de lide (acórdão de 16.12.2004, processo n.º 496/0.1BECBR), uma vez que as promotoras das iniciativas já as não poderiam desenvolver, pois a associação e respectivo *Borndiep* tinham abandonado o mar nacional. E, de novo, a mesma questão foi colocada a propósito da intimação requerida pela FENPROF, com vista a anular a decisão do Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social e do Ministro da Educação, que havia fixado os serviços mínimos a observar durante a greve (agendada para Junho de 2005), de Professores e Educadores de Infância. Sobre este assunto decidiu o TCA-S por acórdão de 17.11.2005 (processo n.º 1130/05), tendo declarado extinta a instância por inutilidade superveniente da lide, por ter decorrido o dia de greve. Foi exactamente por saber que a decisão do TCA-N não chegaria a tempo que o Sindicato dos Trabalhadores da Função Pública do Norte não recorreu de uma sentença do TAF que lhe havia negado a intimação do Hospital de S. João (E.P.E.) no sentido de este reajustar o conteúdo dos «avisos internos» dos serviços de cuidados intensivos e a «nota de serviço sobre os serviços mínimos de urgência» ao conteúdo sobre os serviços mínimos constante do aviso prévio, por ocasião de greve marcada para os dias 9 e 10 de Novembro de 2006. O TAF do Porto tinha indeferido a intimação por sentença de 08.11.2006, processo n.º 2838/06.6BEPRT. Também o candidato à eleição presidencial mais recente, que se vira afastado dos debates televisivos (de 5 e 20 de Dezembro de 2006), durante o período de campanha eleitoral, recorreu à intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias com vista a efectivar a tutela das suas pretensões urgentes, mas não conseguiu obter efeito útil no recurso jurisdicional interposto da decisão do TAF de Lisboa que lhe havia negado a intimação requerida. E, assim, o TCA-S veio declarar extinta a instância por inutilidade superveniente da lide (através do acórdão de 18.05.2006, processo n.º 1498/06), pois, decorrido o acto eleitoral de 22 de Janeiro de 2006, seria impossível realizar a pretensão do candidato de participar nos debates televisivos que tiveram lugar entre os dias 5 e 20 de Dezembro.

⁽³⁸⁾ Assim, por exemplo, o TCA-N, através do acórdão do TCA-N de 01.03.2007, processo n.º 683/06.8BECBR, e através do acórdão de 25.01.2007, processo n.º 678/06.1BECBR,

Na verdade, há já um rol significativo de casos em que os particulares utilizaram com sucesso o processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, não obstante ainda ser muito mais significativo o número de acções propostas do que o número de acções que obtêm provimento. Assim aconteceu com os proprietários das vivendas situadas na Arrábida (ameaçadas

veio proceder a intimações no sentido de assegurar o exercício em tempo útil ao direito de acesso ao ensino, em condições de igualdade. Ambos os arestos têm subjacente as intimações decretadas pelo TAF de Coimbra contra o Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior e Ministério da Educação, no sentido de os mesmos assegurarem aos particulares em causa a realização de um novo exame de Química, no prazo de 15 dias contados da data da notificação da sentença, no sentido de admitirem o ingresso dos alunos no curso de licenciatura em Medicina e no sentido de criarem uma vaga adicional, se necessário, no caso de os alunos alcançarem uma média de classificação final igual ou superior à do último aluno candidato admitido. A sentença é confirmada pelo TCA-N, uma vez que esta instância entendeu que a alteração do quadro legal referente ao concurso de acesso à universidade, por excepcionalmente permitir a certos alunos que haviam realizado os exames de Química e Física, durante a primeira fase, a repetição do exame durante a 2.^a fase de exames, podendo os mesmos escolher a melhor classificação, violava o princípio da igualdade e designadamente o de igualdade de acesso ao ensino superior e o princípio da confiança que decorre do Estado de Direito democrático (artigos 13.^o e 2.^o da CRP). Aliás, o TC, por acórdão de 12 de Junho de 2007, veio confirmar a inconstitucionalidade das normas do diploma ministerial, postas em causa pelos alunos, naqueles processos.

(³⁹) Na verdade, a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias foi o meio processual de que lançaram mão os militares proibidos pela Governadora Civil de Lisboa de se manifestarem em 13 de Setembro de 2005, na ruas de Lisboa. A restrição imposta pela entidade administrativa foi, contudo, considerada válida pelo TAF de Lisboa e, posteriormente, foi também considerada válida pelo acórdão do TCA-S de 02.02.2006, processo n.º 1205/05, tanto mais que o acto que havia negado o direito de manifestação e reunião aos militares não padeceu de ilegalidades, porquanto se entendeu que tal direito deve sofrer efectivamente de restrições, quer a nível constitucional quer legal. Ainda a propósito do direito de greve, cumpre falar do processo de intimação que começou como processo de suspensão do despacho conjunto dos Ministros do Trabalho e da Educação, que havia determinado os serviços mínimos a assegurar no caso da greve marcada para Junho de 2007 (pondo em causa a realização dos exames nacionais dos 10.^o a 12.^o anos). Foi aceite a convocação para processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, mas o TAF de Lisboa indeferiu a intimação, pois entendeu que o direito de greve não é um direito absoluto, podendo ser limitado em função da protecção de outros direitos fundamentais. O TCA-S veio concordar com a mencionada decisão, dando prevalência ao direito ao ensino (acórdão de 10.05.2007). Cumpre ainda realçar a intimação dirigida contra a Ordem dos Advogados, no sentido de ser marcada uma nova data de exame de agregação à Ordem, pois, estando em causa uma advogada estagiária cuja confissão religiosa não lhe permitiria realizar o exame ao Sábado, data que abrangia o universo dos demais advogados estagiários, seria necessário assegurar o exercício em tempo útil do seu direito fundamental, uma vez que a Ordem do não assegurava. Na realidade, em causa estava o direito à liberdade religiosa da advogada estagiária, que o TCA-N veio tutelar, por acórdão de 08.02.2007, tendo intimado a Ordem dos Advogados a marcar novo exame para dia compatível com a prática religiosa da advogada estagiária.

de demolição por falta de licenciamento). E assim aconteceu no processo de que se socorreram as promotoras da vinda a Portugal da associação *Women on waves* e respectivo *Borndiep*, em Setembro de 2004. E mais uma vez assim sucedeu à intimação requerida pelos militares proibidos pela Governadora Civil de Lisboa de se manifestarem em 13 de Setembro de 2005. E, de novo, o mesmo resultado foi obtido pela FENPROF, quando pretendeu anular a decisão do Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social e do Ministro da Educação que havia fixado os serviços mínimos a observar durante a greve de Professores e Educadores de Infância (em Junho 2005). Também o candidato à eleição presidencial teve pouco sucesso, quando recorreu à intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias com vista a efectivar o seu direito a participar nos debates televisivos (agendados durante o período de campanha eleitoral, para os dias 5 e 20 de Dezembro de 2006). E o mesmo aconteceu com o Sindicato dos Trabalhadores da Função Pública do Norte, para obter a intimação do Hospital de S. João (E.P.E.) no sentido de este não obstar à greve marcada para os dias 9 e 10 de Novembro de 2006.

Enfim, o mecanismo processual só mais recentemente parece ter dado alguns resultados positivos. Assim, no campo das questões profissionais, o juiz administrativo dirigiu, a pedido de uma advogada estagiária, uma intimação à Ordem dos Advogados, no sentido de esta agendar um novo exame de agregação para data compatível com a confissão religiosa a que aquela pertence. De resto, não obstante o seu carácter residual ⁽⁴⁰⁾ — o que o TC já confirmou

⁽⁴⁰⁾ O carácter subsidiário ficou logo bem explicado na primeira vez que o processo foi accionado. Tratou-se da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias solicitada pelos proprietários das moradias, sitas no Parque Nacional da Arrábida, ameaçadas de demolição, com vista a obter a intimação do membro do governo competente no sentido de se abster de praticar qualquer acto que [pusse] em causa os princípios constitucionais e legais do ordenamento jurídico, nomeadamente, qualquer acto administrativo que [possibilitasse] as anúncias das demolições, sem a existência dos respectivos títulos executivos. Tal processo relativo ao caso da *demolição de moradias da Arrábida/2004* foi decidido pelo acórdão do STA de 18.11.2004 (processo n.º 978/04), tendo sido considerado como mecanismo inadequado para o efeito. Aliás, a adequação e propriedade da intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias e o traço de subsidiariedade do processo foi especialmente tratada no acórdão do TCA-N de 26.10.2006, processo n.º 589/06.0BECBR: Intimação requerida contra o Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Desenvolvimento Regional e uma empresa privada, no sentido de os mesmos se absterem de levar por diante a prática de testes e demais operações de co-incineração de resíduos industriais perigosos na unidade produtora de cimento, de que é proprietária, em *Souselas*». Esta intimação foi considerada inadequada, por ser suficiente a adopção de uma providência cautelar. E o mesmo aconteceu no seguinte caso: um município de Viana do Castelo intimou a autarquia a proceder ao encerramento de oficina de carpintaria e a notificar a entidade distribuidora de energia eléctrica a interromper o fornecimento à oficina, uma vez que em causa estaria o exercício de actividade carente de licença e o exercício de actividade ruidosa, que há mais de dois

ser conforme com a Lei Fundamental (como, por exemplo, nos acórdãos n.º 5/2006 e n.º 198/2007 — o *juiz-da-urgência* foi sendo chamado com muita assiduidade a proteger direitos, liberdades e garantias, através desta via prioritária e excepcional.

3.2.3. Mas, há de facto, domínios do contencioso em que os processos urgentes têm sido invocados com especial frequência. Assim, no domínio das questões escolares e universitárias, os processos urgentes foram accionados para resolver problemas referentes à repetição de provas escolares e à admissão em estabelecimentos de ensino superior. Alias, este é um domínio em que a tutela de urgência tem sido a via escolhida para alcançar a autorização provisória para frequentar um ano escolar ⁽⁴¹⁾, a admissão provisória em curso superior ⁽⁴²⁾ (respectivamente, no Curso de Gestão e no Curso de Medicina da Universidade de Nova de Lisboa), a suspensão do despacho da Ministra da Educação que veio permitir a repetição de exame aos alunos de química e física, que haviam realizado a prova durante a 1.ª fase de exames, e a aceitação de candidatura ao ensino superior ⁽⁴³⁾. Aliás, mais recentemente, o TAF de Castelo Branco veio dar razão à Associação Académica da Universidade da Beira Interior (AAUBI), tendo decretado uma providência no sentido de suspender os critérios de avaliação pontualmente determinados pelos professores, por referência a Bolonha. E, de novo, as providências cautelares foram novamente invocadas como solução a utilizar pela Reitoria da Universidade do Porto, caso o Ministro do Ensino Superior viesse a decidir desfavoravelmente ao pedido apresentado intempestivamente pela Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto, de aderir ao processo de Bolonha no ano lectivo que se avizinhava.

3.2.4. E o contencioso de urgência tem também ganho no momento de escolha, em domínios relativos a questões profissionais, designadamente questões relativas à função pública, incluindo problemas relacionados com concursos para colocação de professores e aplicação de sanções disciplinares — como

anos punha em causa a integridade física, psíquica e a saúde do requerente e da sua família. O TCA pronunciou-se sobre tal intimação, através do aresto de 26.01.2006 (processo n.º 1157/05.0BEBRG), tendo negado provimento ao recurso e rejeitado a pretensão.

⁽⁴¹⁾ Neste sentido, vd. acórdão do TCA-S de 27.05.2004, processo n.º 153/04, que confirmou a sentença do TAF de Loulé, que havia indeferido a providência antecipatória solicitada, por não se verificar o pressuposto da aparência de bom direito.

⁽⁴²⁾ A este propósito, vd. os acórdãos do TCA de 01.07.2004 (processo n.º 140/04) e de 03.06.2004 (processo n.º 138/04) que, ao abrigo da legislação anterior, negaram as providências solicitadas.

⁽⁴³⁾ Neste sentido, vd. acórdão do TCA-N de 17.02.2005, processo n.º 573/04.9BECBR, que considerou que o pedido formulado não poderia ser satisfeito através da providência cautelar.

aconteceu com os dirigentes do Sindicato dos Profissionais da Polícia (SPP/PSP), que requereram a suspensão da eficácia da decisão de aposentação compulsiva —, incluindo questões relacionadas com o direito de greve e fixação de serviços mínimos, questões de aposentação provisória antecipada e questões de ordenação e transferências de funcionários públicos para a SME ⁽⁴⁴⁾.

Enfim, a via cautelar foi também seguida pelo Sindicato Nacional dos Professores Licenciados pelos Politécnicos e Universidades para obter a suspensão da decisão do Ministério da Educação pela qual veio extinguir o pagamento de gratificações aos docentes orientadores de estágios pedagógicos. E, de novo, a tutela de urgência é a via escolhida para resolver diferendos relativos à validade de contratos celebrados entre as Universidades e os assistentes convidados. Assim aconteceu, por exemplo, entre a Universidade do Minho e um professor, sendo certo que o docente, privado temporariamente do serviço docente e da correspondente remuneração, invocando uma urgência manifesta decorrente da situação de carência económica e financeira do agregado familiar, solicitou o decretamento de uma providência cautelar antecipatória, traduzida na regulação provisória do pagamento de quantia, nos termos do artigo 133.º CPTA — tendo obtido sucesso num primeiro momento ⁽⁴⁵⁾.

Finalmente, cumpre também evidenciar que no domínio das questões profissionais têm sido decretadas decisões urgentes arrojadas. Atente-se na decisão acolhida no aresto do TCA-N de 26.07.2007, processo n.º 3160/06.3BEPRT — um aresto que, incidindo sobre um processo cautelar de suspensão da aplicação de uma pena disciplinar a um bombeiro, veio decidir no sentido da convalidação deste processo cautelar em processo principal, ao abrigo do artigo 121.º do CPTA. Neste acórdão, o TCA-N não só entendeu haver necessidade de emitir antecipadamente uma decisão de mérito (tendo considerado também que a *quaestio facti* e a *quaestio iuris* se apresentavam já naquele momento processual maduras para julgamento) como veio decidir a questão de mérito em sentido contrário ao particular, tendo decidido a favor da validade da pena disciplinar aplicada pela autarquia ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ Sobre este assunto, vd. sentença do TAF do Porto de 18.01.2008, processo n.º 1819/07, que, dando razão ao Sindicato dos Trabalhadores da Função Pública do Norte, veio suspender o acto do Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas que colocara cerca de meia centena de funcionários públicos da Direcção Regional da Agricultura e Pescas do Norte em situação de mobilidade especial (SME).

⁽⁴⁵⁾ Neste sentido, vd. a decisão do TAF de Braga de 13 de Fevereiro de 2004, processo n.º 112/04.ITA09437A.

⁽⁴⁶⁾ Sobre este assunto, vd. a nossa anotação ao acórdão do TCA-N de 03.05.2007 (processo n.º 29 420), «As (in)justiças do artigo 121.º do CPTA: depressa e bem..., há pouco como», CJA, 67, 2008.

3.2.5. Enfim, não deixa de ser preocupante que o recurso ao contencioso urgente atravessasse todos os domínios do direito administrativo, passando pelas questões do domínio do desporto até às questões de ordem cultural — por causa dos tais riscos de quem decide pressionado pelo tempo. Assim, note-se, logo de imediato, a questão delicadíssima que envolveu o «caso Mateus», o exercício do direito de acesso aos tribunais e a providência cautelar de suspensão da decisão de descida de divisão (à liga de honra), requerida pelo clube de futebol nortenho, Gil Vicente, contra a Federação Portuguesa de Futebol — cujo deferimento ameaçava *paralisar este mundo futebolístico e o outro*. E lembre-se a providência cautelar requerida pelo Clube de Futebol Nacional da Madeira com vista a obstar à tomada de posse dos titulares eleitos dos novos corpos da Liga Portuguesa de Futebol profissional ou a providência cautelar de suspensão da eficácia da decisão dos actos da Federação Portuguesa de Automobilismo e Karting, de cancelamento da licença desportiva de condutor e de suspensão preventiva do desportista ⁽⁴⁷⁾. E no que concerne ao sector cultural, importa lembrar a providência cautelar apresentada no TAF do Porto pela Companhia de Teatro *Panmixia*, com vista a suspender a atribuição de subsídios a outras companhias de teatro que haviam sido contempladas pelo Instituto das Artes.

3.2.6. Pelo tipo de valores e bens em causa invocáveis, já se compreende melhor que as questões relativas ao domínio da saúde tenham sido frequentemente tratadas através dos processos urgentes. Por exemplo, apraz dar conta da providência solicitada pelo Sindicato das Ciências e Tecnologia de Saúde com o objectivo de suspender o despacho do Ministro da Saúde que havia criado novos níveis de urgência, violando as regras constantes de directivas comunitárias. E, em matéria de saúde pública, cumpre lembrar as providências solicitadas em matéria de troca de seringas em quatro estabelecimentos prisionais e em matéria de venda livre em farmácias da pílula do dia seguinte. Assim, no que respeita ao primeiro caso, os processos cautelares foram a via seguida por vários reclusos para obstar à aplicação do *Plano Nacional de Combate às Doenças Infecto-contagiosas* nos respectivos estabelecimentos prisionais. Assim aconteceu como um recluso do Estabelecimento Prisional de Paços de Ferreira, que lançou mão de um processo cautelar para obstar à troca de seringas naquele estabelecimento. E, no que concerne ao segundo caso,

⁽⁴⁷⁾ Esta decisão de suspensão foi decretada pelo acórdão do TCA-S de 26.01.2006, processo n.º 1270/05, tendo sido posteriormente confirmada pelo Supremo em sede de recurso de revista (acórdão de 07.06.2006). Sobre o tema, vd. PEDRO GONÇALVES, «A soberania limitada das federações desportistas», CJA, 59, 2006, pp. 53 ss.

as providências cautelares foram solicitadas pela *Associação de Mulheres em Acção* (AMA) contra o INFARMED. Em causa estaria a comercialização da pílula do dia seguinte sem «prescrição» e com «omissão de informação», de que resultaria perigo para a saúde da mulher. A providência foi solicitada no sentido de o folheto informativo da pílula do dia seguinte, *Norlevo*, um produto de venda livre nas farmácias, dever ser alterado e dever passar a incluir a advertência de que o seu uso não seria recomendado a jovens menores de 16 anos. E, no domínio da responsabilidade civil por actos médicos, importa trazer à colação uma providência cautelar antecipatória, através da qual o TAF de Almada condenou antecipadamente o Hospital Garcia da Horta no pagamento de uma renda mensal no valor de 550 euros, a imputar no valor da indemnização a apurar em acção de responsabilidade civil já proposta contra o Hospital. A renda mensal decretada a favor de um menino de três anos, que sofre de graves lesões cerebrais e neurológicas alegadamente provocadas durante o parto realizado naquele hospital, permitirá à vítima beneficiar de tratamentos médicos.

3.2.7. E o mesmo se diga em relação às questões ambientais e às questões de ordenamento do território e de urbanismo, já que em causa estão interesses e bens cuja lesão pode ser irreversível se não forem acudidos com rapidez. E são cada vez mais frequentes no grupo dos conflitos emergentes das relações jurídicas administrativas urbanísticas e ambientais e a procura de protecção jurisdicional urgente. Atente-se no caso da providência cautelar respeitante ao Plano de Ordenamento do Parque Natural da Arrábida (POPNA). Na realidade, com o objectivo de conservar a biodiversidade naquela zona, o POPNA veio eleger novas áreas de protecção, restringido quer a zona de pesca, quer a zona de actividade náutica e de turismo. E, neste contexto, alguns dos requerentes, designadamente proprietários de barcos de recreio, vieram solicitar a suspensão do POPNA, uma vez que consideravam que o cumprimento de certas normas do plano colocavam em risco a sobrevivência da actividade piscatória e turística, sendo certo que também consideraram que «o parque marinho foi implementado sem base científica, com limites determinados aleatoriamente e sem ter em conta os interesses dos pescadores e das actividades náuticas e de turismo e as posições manifestadas durante a fase de consulta pública». O Supremo não conheceu do mérito, porque entendeu que os requerentes não tinham legitimidade para actuar processualmente.

Ainda a propósito desta temática, apraz dar conta do recurso às providências cautelares por parte dos moradores no *Prédio Coutinho*. Assim, no contexto do cumprimento do Plano de Pormenor da Zona Histórica de Viana do Castelo e a propósito da declaração de utilidade pública da expropriação, com

carácter de urgência, do *Edifício Jardim* ou *Prédio Coutinho*, emitida pelo Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional e a *Vianapolis, Sociedade para o Desenvolvimento do Programa Polis em Viana do Castelo*, importa dizer que o critério de ponderação de interesses não obstou ao decretamento da suspensão de eficácia daquele acto, no que respeita à parcela n.º 133. Antes pelo contrário, o TAF de Braga considerou que seriam «claramente prevalentes os interesses privados dos requerentes em comparação com os interesses públicos que a entidade requerida e contra-interessados afirmavam prosseguir» (sentença de 31.10.2006, processo n.º 1083/05.2BEBRG) (48).

3.2.8. Finalmente, sublinhe-se um rol de casos em que os tribunais administrativos têm vindo a intervir com muita urgência. Trata-se da protecção de certas dimensões subjectivas de direitos fundamentais em matéria de ambiente, qualidade de vida e saúde pública. E, neste contexto, lembre-se, em primeiro lugar, um processo cautelar desencadeado por uma autarquia com o objectivo de paralisar uma obra pública levada a cabo por uma concessionária, sendo certo que a providência foi requerida ao abrigo do processo *inaudita altera parte* (49). Mas há muitos outros processos que aqui poderiam ser lembrados e que demonstram, por um lado, a premência da protecção jurisdicional e, por outro, o perigo de decidir de urgência (50).

(48) Aliás, seguindo rigorosamente a mesma metodologia ponderativa, o TCA-N manteve a decisão cautelar. Sobre esta temática ponderativa, cumpre ver ainda o acórdão do STA de 03.04.2008, processo n.º 1079/07.

(49) Foi exactamente este o quadro subjacente ao processo que versou sobre o *caso Obras do IC1 Viana do Castelo/Riba de Âncora* e da providência decretada provisoriamente em procedimento cautelar urgentíssimo, pelo TAF de Braga, a pedido do Município de Caminha, contra a empresa *Euroscut Norte S.A.*, na modalidade de suspensão imediata da execução das obras do IC1, uma vez que esta execução, por violar as medidas de minimização impostas pela DIA e pelo RECAPE, punha em risco a qualidade da água do rio Âncora e a integridade física, a saúde, o ambiente e a qualidade de vida dos munícipes. Para além dos interesses e valores em causa ameaçados, a autarquia justificou a especial urgência, invocando o facto de estar a proceder ao fornecimento de água em todo o concelho, através de auto-tanques dos bombeiros, pelo que não poderia aguardar uma decisão até ao final do processo cautelar.

(50) Veja-se o processo cautelar relativo ao caso *Cemitério da Charneca, em Pombal*. Em causa esteve um pedido formulado pelos habitantes da Charneca no sentido de o *juiz-da-urgência* intimar a entidade pública a proceder à suspensão dos trabalhos de construção do cemitério, uma vez que, dada a sua localização, em causa poderia estar a contaminação dos lençóis freáticos e a ameaça à saúde pública local. O TAF de Leiria por sentença de 04.11.2004 deferiu parcialmente este pedido. E, assim, não obstante à continuação dos trabalhos, proibiu a realização de «qualquer funeral com conseqüente enterramento de cadáveres, incluindo o seu depósito em jazigos», enquanto não fossem realizados os estudos geoquímicos necessários para

Atente-se, por exemplo, nos processos que versaram sobre os direitos à protecção da saúde e da integridade física, maternidade e paternidade e as providências cautelares concernentes às decisões de encerramento das maternidades de Barcelos e Mirandela. Os processos foram accionados por autarquias locais e por grupos de cidadãos da região contra o Ministério da Saúde. Para além de outros aspectos relacionados com a apreciação em concreto da verificação dos pressupostos de deferimento das providências solicitadas, *maxime o periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, a obrigatória ponderação de interesses públicos e privados, prevista no artigo 120.º, n.º 2, do CPTA, impediu o decretamento das providências cautelares contra as decisões de encerramento do bloco de partos do Hospital Santa Maria Maior de Barcelos e do bloco de partos da Unidade Hospitalar de Mirandela, solicitadas respectivamente pelos Municípios de Barcelos, Mirandela, Alfândega da Fé, Carrazeda de Ansiães e Macedo de Cavaleiros ⁽⁵¹⁾.

En revanche, a mesma metodologia ponderativa também tem facilitado a protecção de bens e valores constitucionalmente protegidos do mesmo tipo, como aconteceu a propósito de uma decisão de encerramento de um SAP do

o efeito. Posteriormente, tendo o Município junto os pareceres solicitados e tendo solicitado a revogação da providência, ao abrigo do artigo 124.º do CPTA, o TAF de Leiria veio revogar a providência cautelar, por sentença de 15.05.2006, com fundamento em que se encontravam satisfeitas todas as condições impostas pela sentença supra identificada. Ainda assim, o TCA-S veio confirmar esta decisão, por acórdão de 10.05.2007 (processo n.º 2454/07), dando razão ao parecer do M.P., uma vez que «continuará a existir risco de contaminação de lençóis freáticos pela decomposição de cadáveres», uma vez que «não [seria] flagrante a falta de fundamentação da pretensão formulada no processo principal».

⁽⁵¹⁾ A providência solicitada contra a decisão de encerramento do bloco de partos do Hospital Santa Maria Maior de Barcelos, pelo Município de Barcelos, foi decidida em 2.ª instância pelo acórdão do TCA-N de 15.03.2007, processo n.º 486/06.0BEBRG, tendo a mesma sido indeferida, já que não se verificariam preenchidos os pressupostos constantes do artigo 120.º, além de que também se considerou que «o direito à protecção à saúde é um direito sob reserva, não beneficiando do regime específico de direitos, liberdades e garantias, não sendo, à partida, directamente aplicável e impondo ao legislador uma obrigação de prestação de facto infungível. Perante o encerramento do bloco de partos da Unidade Hospitalar de Mirandela, a providência foi solicitada por diversos Municípios, sendo que o acórdão do TCA-N de 15.03.2007, processo n.º 244/06.1BEMDL, indeferiu a providência solicitada pelo Município de Mirandela, tendo sido decidido, aliás, que tal decisão de encerramento do bloco de partos da Unidade Hospitalar de Mirandela «não [violaria] direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados», designadamente os direitos, à integridade física e à protecção da saúde, maternidade e paternidade, nem [constituiria] situação de facto consumado». A mesma justificação foi dada ao Município de Alfândega da Fé (acórdão do TCA-N de 15.03.2007, processo n.º 245/06.0BEMDL), ao Município de Carrazeda de Ansiães (acórdão do TCA-N de 15.03.2007, processo n.º 246/06.8BEMDL) e ao Município de Macedo de Cavaleiros (acórdão do TCA-N de 15.03.2007, processo n.º 247/06.6BEMDL).

centro de Saúde de Vendas Novas ⁽⁵²⁾. E, a propósito da problemática em torno da Rede Eléctrica Nacional e do licenciamento dos projectos de instalação de linhas de alta tensão e muito alta tensão, cumpre lembrar o pedido de suspensão da eficácia do despacho do Director-Geral de Geologia e Energia, que havia licenciado o projecto «Linha de Fanhões-Trajouce, a 220 Kv, no troço compreendido entre o apoio n.º 46.º e a Subestação de Trajouce», e o pedido de intimação para abstenção de conduta. Também aqui as questões envolvidas eram de enorme dificuldade, tendo o TCA-S (por acórdão de 11.07.2007) revogado a sentença do TAF de Sintra (de 16.03.2007), que havia indeferido a mesma providência requerida por uma autarquia. E, na verdade, procedendo a um diferente balanço de interesses públicos e privados opostos, o TCA-S aplicou de modo distinto o n.º 2 do artigo 120.º do CPTA ⁽⁵³⁾.

E quanto ao grau de dificuldade de decidir em tempo curto, invoque-se os processos cautelares que versaram sobre a co-incineração em Souselas e na Arrábida. Duas questões semelhantes que foram sendo decididas, mesmo em termos estritamente procedimentais, de modo distinto (para não dizer oposto), em momento inicial, respectivamente pelo TAF de Coimbra e pelo TAF de

⁽⁵²⁾ Atente-se no aresto do TCA-S de 13.09.2007 (processo n.º 2956/07), que a propósito do pedido de suspensão da extinção do SAP do centro de saúde de Vendas Novas, emitido pela ARSA, considerou que «é de conceder a providência requerida, se essa extinção provou generalizado sobressalto entre as respectivas populações afectadas, no que respeita à defesa dos seus direitos à vida e à saúde».

⁽⁵³⁾ Aliás, a propósito do indeferimento do pedido de suspensão do acto de licenciamento da linha aérea de muita alta tensão a 150 Kv, emitido por despacho Director-Geral de Geologia e Energia de 21.02.2006, o TCA-S veio considerar que não é pelo facto de o mesmo projecto estar concretizado que tal justifica a inutilidade da lide. Bem pelo contrário, uma vez que tal acto tem «produção de efeitos que se protelam no tempo, como é o caso da constituição de uma servidão administrativa e o transporte de energia eléctrica, a conclusão da execução das obras de instalação de tal linha no terreno não retira utilidade à respectiva providência cautelar, nem impossibilita a decisão desta». Sobre este assunto, vd. acórdão de 30.05.2007, processo n.º 2516/07. E o STA, por acórdão de 18.09.2007, decidiu não admitir o recurso de revista excepcional interposto contra aquela decisão. Aliás, o STA não alterou a sua posição mesmo tendo sido exercida a reclamação para a conferência do despacho do relator contido naquele acórdão (acórdão do STA de 25.10.2007), tendo sido invocado, entre outros aspectos, a «importância fundamental» e a «relevância social das questões». Na realidade, foi invocado pela reclamante que «são graves os danos causados à reclamante e sobretudo aos interesses públicos que enquanto concessionário do serviço público prossegue, uma vez que o efectivo desligamento da linha comporta riscos acrescidos à segurança dos transportes de energia eléctrica à região servida pela subestação de Trajouce, isto é, a centenas de milhares de cidadãos, a milhares de empresas e instituições». Ora, o STA reiterou a não verificação dos pressupostos para aceitação do recurso de revista excepcional, previstos no artigo 150.º do CPTA, tanto mais que se invocavam erros na ponderação de interesses e esta é uma questão que, segundo o Supremo, integra matéria de facto, devendo ser excluída do âmbito de tal recurso — o que tem feito reiteradamente.

Almada, mas que finalizaram do mesmo modo, por decisão do Supremo Tribunal Administrativo. De qualquer modo, por decisão inicial dos respectivos tribunais administrativos, a co-incineração teve avanços e recuos tanto em Souselas como em Outão. Com efeito, ambas as decisões judiciais têm subjacente os despachos governamentais proferidos no início de Verão de 2006, por meio dos quais as duas cimenteiras ficaram dispensadas de realizar os estudos de avaliação de impacto ambiental das operações de co-incineração, uma vez que o Ministério do Ambiente considerou que o assunto estava já suficientemente estudado. As autarquias em causa, Coimbra, no primeiro caso, e Setúbal, Sesimbra e Palmela, no segundo, impugnaram aquele despacho e requereram providências cautelares no sentido de obstem, de imediato a que as cimenteiras procedessem à queima de resíduos. As providências foram decretadas e confirmadas em 2.^a instância. O Supremo, em sede de recurso excepcional de revista, veio decidir em sentido contrário (54). Na verdade, no

(54) Aliás, cumpre dizer que a decisão que o TAF de Almada tomou provisoriamente em 03.11.2006, foi levantada no final do mesmo mês, tendo, assim, o tribunal aberto caminho para a Secil avançar com os testes de queima de resíduos industriais perigosos. Na verdade, no sentido de obstar à queima de resíduos na Secil, na Arrábida, os Municípios de Setúbal, Sesimbra e Palmela vieram invocar, «a violação do Plano Director Municipal, uma vez que a zona onde está implantada a Secil está licenciada para indústria extractiva e para fabrico de cimento e não para a valorização energética de resíduos. E se o TAF de Almada considerou não existirem indícios de que o processo de co-incineração pudesse vir a ser efectuado com inobservância das regras técnicas e dos limites legalmente impostos ao exercício da actividade e se considerou que não existia uma situação de especial urgência que, para salvaguarda dos valores da saúde pública ou do ambiente, impusesse a manutenção das providências anteriores decretadas a título provisório, veio posteriormente a decretar a providência. E o TCA-S confirmou-a. O Supremo veio, contudo, revogá-la no início de 2008, através do acórdão de 10.01.2008, processo n.º 675/07. No que respeita ao processo de co-incineração de Souselas, o TAF de Coimbra considerou verificados os requisitos para a concessão da providência cautelar requerida pela Câmara de Coimbra, tendo suspenso o Despacho em causa e tendo considerado que a co-incineração em Souselas só deveria avançar depois de realizada uma avaliação de impacto ambiental. E, no que se refere a Souselas, o TAF de Coimbra fez parar tal processo em nome do princípio da precaução e, em segunda instância, o TCA-N, veio confirmar aquela sentença por acórdão de 29.03.2007, processo n.º 758/06.3BECBR. Nele é afirmado que a imediata execução dos despacho permitiria a prática de actos materiais de co-incineração e portanto traria a situação de facto consumado, sendo que tal configuraria a situação de *periculum in mora*. Além disso, o TCA-N reconheceu que são apontadas à co-incineração consequências nocivas para o ambiente e a saúde das populações, que não está provado que a suspensão traga prejuízos para o interesse público e que não estando provada a superação de tais prejuízos em relação aos interesses do Município de Coimbra se deveria decretar a providência. Assim, não obstante não terem considerado manifestamente ilegal o despacho que havia dispensado o procedimento de avaliação de impacte ambiental, ambas as instâncias decretaram a providência cautelar com vista a obter a suspensão da eficácia do referido despacho ministerial, procurando obstar à queima imediata dos resíduos industriais perigosos, com a consequente afectação grave do ambiente e da saúde das populações.

que respeita a Souselas, o STA considerou, entre outros aspectos, não existir ameaça de se produzir uma «situação de facto consumado», nem prejuízo actual de difícil reparação, tendo seguido o mesmo argumento quanto à cimenteira de Outão ⁽⁵⁵⁾.

3.3. Enfim, o contencioso administrativo tem-se revelado urgente e é este fenómeno da *urgencialização* do contencioso administrativo e os perigos que lhe são inerentes que reforçam a nossa vontade de continuar o estudo. Na verdade, a consideração do tempo como elemento próprio do processo administrativo tardo-moderno não obriga apenas à determinação das técnicas adequadas para tutelar as *pretensões-jurídicas-de-urgência*. A consideração do tempo impõe também o redimensionamento da *la durée* do processo e o reajustamento de garantias processuais, em termos que a atenuação da duração, a simplificação da formalidade e a diminuição do conteúdo da contraditoriedade possam defender-se quando necessárias ⁽⁵⁶⁾.

E esta busca da justa medida da duração do processo é também vivida em outros países europeus, sob a égide da orientação jurisprudencial do TEDH e do TJ. Alias, não pode esquecer-se o papel conformador que a jurisprudên-

⁽⁵⁵⁾ Aliás, o STA veio explicar, em primeiro lugar, o que deveria entender-se por «situação de facto consumado» para este efeito — risco que não se correria — e em segundo lugar veio dizer que o despacho que havia dispensado o procedimento de avaliação de impacte ambiental, tendente a licenciar a actividade de co-incineração de resíduos industriais perigosos, constituiria apenas um acto de trâmite relativamente ao futuro licenciamento, sendo certo que a imediata execução de tal despacho não acarretaria a certeza, ou sequer a probabilidade, de que a actividade de co-incineração viesse a ser licenciada (já que esse licenciamento [dependeria] ainda da reunião de vários outros requisitos). O STA explicou que ele não se verificaria, pois a situação de facto consumado não é aquilo que normalmente se pensa: «numa acepção lata, todo o facto acontecido consuma-se *qua tale*, dada a irreversibilidade do tempo; mas não é obviamente esse o sentido da expressão da lei. Na economia do preceito, o facto será havido como consumado por referência ao fim a que se inclina a lide principal, de que o meio cautelar depende; e isto significa que só ocorre uma situação de facto consumado quando, a não se deferir a providência, o estado de coisas que a acção quer influenciar ganhará entretanto a irreversível estabilidade inerente ao que já está terminado ou acabado — ficando tal acção inutilizada *ex ante*. Ora, mesmo que encarássemos a acção principal como tendente a eliminar de vez práticas de co-incineração entretanto licenciadas, teríamos de lhe reconhecer a utilidade de suprimir essas práticas para o futuro — e isso, por si só, excluiria qualquer ideia de um anterior facto consumado». E quanto aos prejuízos de difícil reparação, o Supremo considerou que «os prejuízos de difícil reparação supostamente resultantes da actividade material de co-incineração [se apresentariam] como um efeito meramente hipotético ou eventual daquele despacho, sendo de indeferir o pedido de suspensão da sua eficácia». E o fundamento dado no acórdão do STA de 10.01.2008, processo n.º 675/07, no que respeita a Outão, foi no mesmo sentido.

⁽⁵⁶⁾ Neste sentido, PH. THÉRY, «La justice entre l'exigence de la durée et la contrainte de l'urgence», *Droits*, 30, 2000, pp. 89 ss.

cia europeia tem exercido no direito processual administrativo dos Estados Membros. Mais uma vez parafraseando PAULO OTERO, também neste domínio, o TJ foi ditando o direito e os princípios gerais a aplicar, tal como uma glândula segrega a sua própria hormona ⁽⁵⁷⁾. Aliás, as reformas mais recentes introduzidas nestes países traduzem uma convergência e uma crescente uniformidade dos seus ordenamentos jurídicos, determinando uma verdadeira cópia de regimes concretizadores do direito ao processo efectivo e temporalmente justo.

Na verdade, há muito que se vinha assinalando que a morosidade da justiça administrativa e a falência dos mecanismos tradicionais de tutela de urgência cautelar punham em risco a efectividade processual. E as reformas (globais ou parcelares) foram sendo introduzidas no domínio do contencioso da urgência. Em Espanha em Julho/1998, na França em Junho/2000 e na Itália em Julho/2000, as reformas dos modelos de tutela jurisdicional das *situations-de-urgence* seguiram uma tendência idêntica, que foi no sentido de manter a regra do efeito não suspensivo dos recursos impugnatórios, de ampliar o conjunto de mecanismos de tutela de urgência de matriz cautelar (que, em alguns casos, passou pela consagração da tutela cautelar inominada) e de introduzir processos urgentes autónomos de resolução definitiva de conflitos. Vivemos, pois, um momento de convergência e de aproximação dos mecanismos de concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo na Europa ⁽⁵⁸⁾. E este é mais um aspecto motivador do estudo aqui desenvolvido.

Assim, tanto no contexto do ordenamento jurídico da União Europeia como no quadro do direito instituído no seio do Conselho da Europa, ao mesmo tempo que se foi encurtando a distância entre direito público e direito privado, os modelos domésticos de justiça administrativa e civil dos Estados foram-se tornando mais semelhantes no que diz respeito à concretização dos mecanismos de realização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo. Enfim, as alterações introduzidas para modificar a «*exception française*» e a «*révolution*» ⁽⁵⁹⁾ que nesse sistema se tem operado motivam o

⁽⁵⁷⁾ Citamos PAULO OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 274) que por sua vez cita PROSPER WEIL — autor da frase empregue no texto que é associada ao papel determinante que o *Conseil d'État* teve na criação do direito administrativo, pós-revolução francesa.

⁽⁵⁸⁾ A este propósito, vd., fundamentalmente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA («*Perspectives d'évolution des justices administratives dans le cadre européen*», DA-EJC, 2001, pp. 4 ss.) e M. FROMONT («*La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*», RIdP, 2001, pp. 125 ss.).

⁽⁵⁹⁾ Neste sentido, P. WACHSMANN, «*Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?*», in: *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, Collections de l'Université Robert Schuman, sous la direction de P. WACHSMANN, n.º 5, 2002, pp. 95 ss.

estudo, bem como a intensificação do controlo jurisdicional da actividade administrativa no sistema inglês e «a revolução operada no direito administrativo sob a influência europeia» e a problemática do efeito suspensivo automático consagrado na VwGO alemã, tratado no caso *Tafelweindestillation*, e «a rota de colisão» em que se encontra perante o sistema europeu, bem como ainda a aproximação branda realizada em certos domínios do contencioso administrativo nacional são, em suma, factores que abonam a favor da realização deste trabalho — já que se deseja pensar em soluções adequadas para concretizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo ⁽⁶⁰⁾.

II. No que concerne à **metodologia** desenvolvida, cumpre salientar que, na medida em que o propósito desta dissertação foi procurar saber se o contencioso administrativo encerraria uma categoria própria, autónoma e distinta de tutela jurisdicional para tutelar as *situações-de-urgência*, o estudo desembocou na identificação das qualidades e das características que tal tipo de tutela jurisdicional teria de possuir, para assim poder ser classificada. E foi exactamente neste contexto do apuramento da natureza jurídica das figuras que nos deparámos com as obras dos autores das diferentes escolas e com as metodologias de ordem sistemática desenvolvidas nas respectivas monografias. E, de resto, foi impossível fugir a um estudo de matriz classificativa, uma vez que um rol significativo de artigos e de monografias que serviram de suporte a esta investigação continha informação dada nesta perspectiva. Portanto, este é um trabalho que se pretende que termine com uma classificação de figuras processuais.

Na verdade, explicando melhor, cumpre dizer que o empreendimento de análise da natureza jurídica das figuras realizado e a tarefa de sistematização aconteceram por duas razões, a saber: uma de ordem pessoal (**1.**), e outra de ordem exógena, como já se indicou (**2.**). Contudo, se no quadro do contencioso clássico esta ainda era uma tarefa acessível, no contexto do contencioso moderno tal objectivo parece impossível de alcançar (**3.**).

1. E, assim, tal perspectiva de estudo traduz continuidade, uma vez que a questão (ou o problema) da classificação das figuras objecto de estudo surgiu obrigatoriamente num certo momento do percurso de investigação iniciado quase há dez anos. Com efeito, quando iniciámos o estudo da tutela cautelar, em 1997/1998, verificámos que esta era apenas uma espécie de uma

⁽⁶⁰⁾ Neste sentido, vd. J. BELL, «Interim relief in French administrative court procedure», EPL, 2001, p. 338. Quanto a este assunto, vd. SÉRVULO CORREIA, *Direito do contencioso...*, cit., pp. 115 e 116 e p. 188.

categoria mais alargada, uma categoria mais ampla e mais complexa, que exigiria mais atenção. Por isso, nessa altura, caracterizámos a tutela cautelar no processo administrativo e deixámos para mais tarde o estudo das características do género a que aquela parecia pertencer. Na altura, depois de realizado o estudo comparado sobre as diversas figuras de tutela de urgência, demos conta da complexidade do tema e verificámos que poderia vir a ser muito difícil tratar os conceitos de sumariiedade, de provisoriedade e de antecipação, uma vez que estes conceitos seriam associados a outro tipo de processos especiais que nem sempre traduziriam a mesma finalidade. E, nessa altura, variadas foram as questões que ficaram por responder, tais como: onde acaba a tutela urgente cautelar e começa a tutela urgente autónoma; em que termos tais processos podem realizar a mesma função; em que momentos tais processos se distinguem na respectiva estrutura; porque é que uns são acessórios e outros autónomos e porque é que em alguns dos processos de urgência o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* está autorizado a realizar um exame de conclusão completa e em outro tipo está obrigado a deixar o julgamento da *questio juris* em aberto. Em suma, desde o início desta investigação, sempre se desejou responder a estas questões, que envolvem uma enorme complexidade.

Aliás, não é, de facto, fruto do acaso o que PERROT escreveu num artigo sobre a complexidade do tema em questão. O autor desejava a maior sorte a quem ambicionasse sistematizar as figuras processuais de urgência: *«un jour viendra sans doute où il faudra repenser dans son ensemble la théorie des mesures provisoires pour tenter de mieux les coordonner. Mais il ne faut pas nourrir trop d'illusions sur ce point. La diversité des mesures provisoires est un défi à tous ceux qui aiment les constructions harmonieuses et bien ordonnées. Heureux qui relèvera un tel défi!»* (61). Com efeito, a situação invulgar que se foi criando no sistema francês em torno da multiplicidade dos processos de *référé* e da ambiguidade do conceito de provisoriedade das decisões proferidas em *référé* exigia um empreendimento sistemático de um jurista corajoso.

Enfim, o interesse no tipo de estudo de sistematização desenvolvido surgiu já há algum tempo e acentuou-se à medida que se foi verificando a falência da tutela jurisdicional cautelar para proporcionar toda a tutela jurisdicional de urgência, quer no contencioso em geral, quer no administrativo. E, de resto, tal tipo de estudo viria a ser definitivamente justificado no momento em que se passou a assistir à total transformação da tutela cautelar por actuação

(61) Neste sentido, R. PERROT, «Les mesures provisoires en droit français», in: *Les mesures provisoires en procédure civile — Atti del colloquio internazionale, Milano, 12-13 ottobre 1984*, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985, p. 179.

do próprio legislador. Na verdade, a tutela de urgência, e particularmente a *tutela-de-urgência-cautelar-definitiva*, passou a ser algo mais do que um resultado da *praxis*, típica do contencioso moderno. Ora, a partir do momento que estas novas figuras passaram a estar institucionalizadas pelo legislador tardo-moderno e a partir do momento em que as técnicas de acessoriedade-instrumentalidade e de provisoriedade se revelaram como facultativas, podendo estar consagradas ou dispensadas nos novos processos que incidem sobre *situações-de-urgência*, a necessidade do estudo da estirpe da tutela de urgência acentuou-se, obrigando à leitura dos textos clássicos para aprender a *gramática básica* que nos permitisse chegar à *categorização*.

2. E aqui a perspectiva sistemática acentuou-se, pois, na verdade, o estudo da tutela jurisdicional das *situações-de-urgência* surge normalmente num contexto de sistematização, de categorização ou de classificação. Aliás, a *estória* que versa sobre as diversas figuras que ao longo dos tempos foram sendo previstas para garantir protecção de urgência é inseparável da *estória* que descreve o estudo sistemático e categorial dessas mesmas figuras, sendo certo que as monografias mais antigas consultadas contêm sempre estudos sistemáticos e de classificação categorial. E esse foi o método desenvolvido pela Escola alemã do século XIX e pela Escola italiana do início do século XX. E também foi este o tipo de estudo seguido pelos autores portugueses, como, por exemplo, por BARBOSA DE MAGALHÃES e ALBERTO DOS REIS, e é ainda uma preocupação metodológica da doutrina italiana, da espanhola e da francesa.

A classificação sistemática tem sido, de facto, uma das principais preocupações da ciência do direito processual que estudou a relação existente entre a urgência e as diversas figuras previstas na lei processual. Aliás, esta preocupação foi emergindo em três contextos paradigmáticos distintos. Um que parte do texto da lei e pressupõe a ausência de um regime jurídico de urgência, sendo que a elaboração doutrinal em torno das figuras assume fundamentalmente contornos *de jure condendo*, um outro que pressupõe a existência de um regime jurídico insuficiente, um regime que não satisfaz mais, que perde o contacto com as necessidades da vida prática e por isso se desfigura e o outro que, pelo contrário, pressupõe uma disciplina jurídica nova, recentemente introduzida e que precisa de enquadramento dogmático (2.2.).

2.1. Assim, como demonstração do primeiro tipo de estudo, apontamos, por exemplo, a escola italiana do início do século XX — uma escola que iniciou esta aventura e levou a bom termo o seu projecto de elaboração e caracterização da categoria da tutela de urgência: CHIOVENDA é o principal mentor

da categoria da tutela de urgência e CALAMANDREI o executante ⁽⁶²⁾. É neste contexto que a autonomização da categoria da tutela de urgência acontece pela primeira vez, sendo certo que essa autonomização é afirmada a partir de diferentes perspectivas e de acordo com diferentes critérios. De facto, enquanto CHIOVENDA insere a figura processual vocacionada para tutelar a urgência na sua «teoria da acção», CALAMANDREI afirma a autonomia da decisão urgente a partir do perfil da função do processo, o mesmo acontecendo com CARNELUTTI. Aliás, *sub specie* da prevenção, este autor sustentou a autonomia funcional da tutela de urgência, *rectius*, «da cautela processual», a partir da teoria da «composição da lide», sendo certo que, para este autor, a unidade conferida ao processo cautelar decorria da sua própria e inerente função: «proceder à composição provisória da lide», uma vez que o processo cautelar se contrapunha tanto ao de cognição como ao de execução. Por sua vez, ALLORIO, afastando-se dos autores que sustentaram a autonomia processual da tutela de urgência a partir da «acção» («azione»), ou «da decisão» («provvedimento») ou «do processo» («processo»), veio considerar o «direito material» como pressuposto da autonomização da categoria da tutela de urgência, afirmando, pois, a existência de um «direito subjectivo substancial de garantia, acessório ao direito principal que se faz valer no processo». Enfim, tendo subjacente um «lastro romano/germânico» ⁽⁶³⁾, a justificação

(62) Não podemos negar, contudo, como veremos, que as obras italianas do início do século XX citam em abundância as monografias editadas nos finais do século XIX pela escola alemã. Entre uma escola e outra houve, de facto, uma «relação inter-corrente». Neste contexto, parece-nos justo afirmar com EDUARDO J. COUTURE — em «Prologo» in: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, tradução de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1945, p. 14 — que a escola italiana, «tendo recebido do génio alemão o sentido profundo do direito, a capacidade de abstracção e a incrível faculdade lógica de operar com conceitos como se fossem coisas palpáveis e reais, divulgou para o mundo a figura da tutela de urgência, tendo acrescentado ao seu génio criativo o rigor terminológico retirado dos estudos alemães. No mesmo sentido, denunciando o acolhimento dos estudos desenvolvidos pela ciência jurídica alemã de fins do século XIX na escola italiana do início do século XX, vd. F. LANCELLOTTI, «Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare», *Rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1939, pp. 232 ss., esp. p. 233, nota 2.

(63) Com efeito, no contexto de uma reforma do sistema processual italiano e a propósito da necessidade da renovação da ciência jurídica italiana perante a influência dos sistemas estrangeiros, designadamente do francês, A. CONIGLIO («La riforma del sistema cautelare nel diritto processuale civile», *rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1927, pp. 4 e 5) lembrou a constante influência germanística no sistema italiano, tendo-se socorrido das palavras de Chiovenda: «Quando dunque si parla in questa materia di tradizione latina, si fa una questione di razza a rovescio. Il moderno processo austriaco e germanico è di gran lunga più romano e latino del processo italiano attuale: la Germania e l'Austria liberandosi dalle loro vecchie leggi processuali sono tornate, seguendo anche l'impulso della grande scuola di diritto romano che fiori in Germania dal principio del sec. XIX, a idee romane, mentre il nostro processo civile vive ancora sotto il grave peso d'una tradizione essenzialmente germanica».

da autonomização da categoria processual que serve para tutelar as situações de urgência constituiu apenas um dos exemplares de uma *escola* que educou o mundo»: a escola italiana⁽⁶⁴⁾. Foi a partir daqui que se percebeu que seria possível conceber um tipo processual de urgência, vislumbrando-se um possível agrupamento dos processos previstos nos Títulos IV e V do CPTA.

2.2. Depois, uma parte significativa dos estudos desenvolvidos sobre a problemática da categoria da tutela de urgência surge enquadrada pelos factores descritos em segundo lugar. E, assim, os estudos desenvolvidos pela ciência do direito processual têm em comum um conjunto de fenómenos típicos do contencioso moderno, traduzidos no uso distorcido das figuras previstas na lei e na *evolução de facto* sofrido pelas mesmas. De resto, tendo em conta que certas modalidades de tutela provisória (com função cautelar) começaram na prática a assumir configurações de *tutela ordinária jurisdicional (definitiva) acelerada*, uma das preocupações da ciência processual foi exactamente a de distinguir em termos categoriais as modalidades de tutela cautelar, de modo a poder limitar os excessos resultantes do seu uso adulterado.

Os estudos desenvolvidos pela ciência alemã do direito processual, realizados fundamentalmente no início da segunda metade do século XX, reflectem esta preocupação. Em 1967, BAUR alertou para a metamorfose em curso da figura da tutela jurisdicional provisória e justificou a necessidade de definir os contornos de tal tipo de tutela, tendo procurado caracterizá-la e agrupá-la⁽⁶⁵⁾. O estudo realizado por LEIPOLD, em 1971, responde ao mesmo problema, à mesma inquietação, à mesma pergunta: a sistematização das figuras através das quais no sistema alemão se proporciona a tutela das *situações-de-urgência*, tendo centrado o seu estudo na análise do carácter provisório dessas decisões jurisdicionais provisórias e no tipo de exame que é realizado pelo tribunal para emitir uma decisão urgente⁽⁶⁶⁾. E também outros autores

(64) Afirmção (emocionada) de EDUARDO J. COUTURE, «Prologo», in: *Introducción...*, cit., p. 10 e p. 15.

(65) F. BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen, 1967, p. 4, p. 7; IDEM, «Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich», BB, 1964, pp. 607 ss.

(66) D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, München, 1971. Sobre este trabalho, pode ver-se o seguinte rol de resenções: W. GRUNSKY, «Buchbesprechung von Leipold, Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, München, 1971», ZZP (85) 1972, pp. 359 ss.; L. RENCK, «Buchbesprechung von Leipold, Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München, 1971», NJW, 1972, 1409; C. RITTER, «Buchbesprechung von Leipold, Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München, 1971», JZ, 1973, pp. 39 ss. Do mesmo autor, vd. tb. «Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes», ZZP (90), 1977, p. 258 ss.

têm vindo a demonstrar a mesma preocupação de proceder a uma categorização das modalidades de tutela de urgência ⁽⁶⁷⁾.

Previstos no VIII Livro da ZPO, enquanto instrumentos estritamente conexos com o processo de execução, os processos urgentes cautelares revelam-se na prática judiciária como verdadeiros processos especiais de cognição («Erkenntnisverfahren»), que, em certos momentos oferecem uma protecção alternativa à ordinária, tendo vindo a suscitar um acréscimo de questões à dogmática da actualidade ⁽⁶⁸⁾. De entre os estudiosos mais recentes, podemos destacar GRUNSKY, SCHILKEN e WALKER — sendo certo que SCHOCH se destacou no contencioso administrativo, ao proceder ao estudo sistemático dos processos urgentes previstos nos §§ 80 e 123 da VwGO ⁽⁶⁹⁾.

Aliás, longe da realidade típica do contencioso de meados do século passado, WALKER propõe-se reajustar os ensinamentos da doutrina clássica, tendo em conta as novidades vindas da *praxis*. E, neste contexto, partindo de um duplo perfil de análise, funcional e estrutural, o autor caracteriza os processos urgentes, apontando-lhes especificidades, sendo certo que elas estão sobretudo relacionadas com a sumariedade procedimental, com a aceleração da

⁽⁶⁷⁾ Não podemos, contudo, deixar de nomear um grupo significativo de autores que tem tratado este tema: K. BLOMEYER, «Arrest und einstweilige Verfügung», ZJP (65), 1952, pp. 52 ss.; O. JAUERNIG, «Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen», ZJP (79), 1966, pp. 321 ss.; M. MINNEROP, *Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1973; E. SCHILKEN, *Die Befriedigungsverfügung*, Berlin, 1976; O. TEPLITZKY, «Arrest und einstweilige Verfügung», JuS, 1980, pp. 882 ss. (1. Teil); 1981 (2. Teil), pp. 122 ss.; 1981 (3. Teil), pp. 435 ss.; W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz Im Zivilprozeß Und Im Arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Tübingen, 1993; W. GRUNSKY, in: STEIN/JONAS *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 21. Auflage, Band 7, Teilband 1, §§ 864-945, Tübingen, 1996 (anotação aos §§ 916, 920, 935, 938).

⁽⁶⁸⁾ Cumpre citar um texto já antigo, mas que mantém toda a actualidade, no que respeita ao tipo de questões que os processos urgentes continuam a suscitar: F. OSTLER, «Wichtige prozessuale Fragen des Eilverfahrens der ZPO», MDR (9), 1968, pp. 713 ss.

⁽⁶⁹⁾ Também SCHOCH, tendo considerado que as respostas do sistema positivado e da dogmática seriam deficitárias, formulou três questões sobre o tema: a) qual seria a relação existente entre o processo com vista a obter a protecção jurisdicional provisória e o processo principal; b) qual seria a relação existente entre o processo urgente e o direito material; c) e qual seria a natureza jurídica dos processos urgentes. Para uma síntese, vd. as suas «Grundfragen des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes», VerwArch (2), 1991, pp. 145 ss., esp. pp. 153 ss. E, sobre as respostas dadas na sua tese de doutoramento, vd. *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1988, *passim*, esp. pp. 1395 ss. Para uma síntese mais recente, vd. a sua anotação ao § 123 VwGO in: F. SCHOCH/E. SCHMIDT-ABMANN/R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Band II, München, 2002, e o artigo: «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III): Die einstweilige Anordnung», JURA (5), 2002. Não podemos deixar de lembrar aqui a obra importantíssima de K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 4. Auflage München, 1998.

produção de prova e com a diminuição do grau de prova que é necessário atingir nesses processos quanto à demonstração dos factos.

Também a mesma preocupação tem estado presente nos estudos da ciência francesa do direito processual. Escreve PERROT que a situação invulgar que se criou no sistema francês em torno da transformação das decisões provisórias em antecipatórias é reveladora de que o legislador francês tem perfeita consciência de que o processo tem uma duração excessiva e de que a escassez de meios o impede de tomar soluções radicais e eficazes. E, neste sentido, obrigado a enveredar por soluções provisórias e soluções elaboradas empiricamente, o professor francês considera que o legislador foi criando um sistema recheado de paradoxos e contradições (70). E a este fenómeno acresce o da «inflação da lei processual», uma vez que tanto o legislador como o juiz são normalmente surpreendidos pela realidade. Não admira, pois, que a dogmática francesa veja com preocupação a autonomia de uma figura processual que foi desenhada para garantir uma protecção jurisdicional provisória e esteja apreensiva em relação ao «imperialismo do *juge des référés*», cujo limite verdadeiro parece residir agora tão-somente na sua própria vontade» (71), restando-lhe, inquieta, perguntar «quo vadis référé?» (72). É neste contexto de resposta que merece destaque o singular estudo sistemático desenvolvido por O. DUGRIP, sobre as *procédures des référés d'urgence*, no contencioso administrativo.

A ciência espanhola do direito processual também não é indiferente à classificação dos processos de urgência e das decisões cautelares, tendo procurado distinguir as verdadeiras decisões cautelares das «falsas providências cautelares» (73) — porquanto proferidas em processos sumários autónomos (74).

(70) Neste sentido, R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., p. 179.

(71) Neste contexto, R. TENDLER («Le juge des référés, une “procédure ordinaire”?»), RD.Ch./XXVII, 1991, pp. 139 ss.) questiona se o processo de *référé*, que é especial e distinto por derogar os princípios basilares dos processos ditos ordinários, não terá perdido o carácter de processo excepcional e se não terá já ocupado o lugar daqueles.

(72) Esta é a pergunta que faz, designadamente, A. BLAISSE («Quo vadis référé?», JCP, I-Doctrine, 1982, 3083), demonstrando a sua preocupação em face da perda de identidade de uma figura processual tida como símbolo da atribuição da protecção provisória, uma figura que nos últimos anos tem ganho uma significativa autonomia processual.

(73) Expressão de V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA, *Derecho procesal. Parte general*, 4.^a ed., Madrid, 2001, p. 580.

(74) Sobre este assunto, M. ORTELLS RAMOS/M. P. CALDERÓN CUADRADO (*La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996, p. 13 e p. 14) referem que «los supuestos de previsión expresa de medidas cautelares con esta clase de efectos son excepcionales y no parece correcto patrocinar que las normas que confieren al juez poderes discrecionales para configurar los efectos de medidas cautelares se utilicen para ampliar desmesuradamente los supuestos de medi-

E a mesma preocupação de determinar a identidade das figuras de urgência no contexto do contencioso moderno aconteceu na Itália, por exemplo, com TOM-MASEO, PROTO PISANI e TARZIA ⁽⁷⁵⁾, no quadro do processo civil. Contudo, desenvolver este estudo no quadro do contencioso moderno tornou-se uma tarefa muito complexa, uma vez que o próprio conceito de tutela de urgência deixa de ser passível de interpretação e valoração uniformes.

Aliás, no terceiro caso, no contexto de um quadro legal recente, onde estão contemplados instrumentos diversificados de tutela urgente, os estudos continuam a ser de sistematização. Contudo, não existindo ainda uma elaboração doutrinal em torno das novas figuras simplificadas de tutela judicial e faltando ferramentas uniformes de estudo, a ciência procura justificar a sistematização escolhida pelo legislador e procura deslindar a natureza jurídica de tais figuras. De resto, frequentemente, assumindo-se que o legislador errou sistematicamente, a ciência processual procura proceder à categorização das figuras, sendo que o faz de acordo com diferentes perfis. E, por isso, a falta de comunicabilidade dos estudos realizados dificilmente contribui para a elaboração de categorias. É esta a situação em que se encontra actualmente o estudo em torno dos processos urgentes em geral e no contencioso administrativo, em especial. E é esta a razão de matriz exógena que também justifica a sistematização dos processos urgentes cautelares e dos processos urgentes não cautelares.

das satisfactivas (aunque esta ha sido la tendencia moderna en el Derecho comparado, tal vez por la crisis de la tutela declarativa ordinaria). En realidad este tipo de medidas constituyen un cuerpo extraño, difícil de encajar en el sistema de medidas cautelares, hasta el punto de que parte de la doctrina no acepta que tengan esa naturaleza y propone para las mismas incluso una diferente denominación. A mi juicio, aunque debe mantenerse el criterio restrictivo en cuanto a la aceptación de tales medidas, las que existan deben considerarse cautelares si concurre en ellas la instrumentalidad que las vincula a un proceso principal, porque esto impide conceptuarlas como procesos sumarios autónomos (que es la otra técnica disponible para el legislador cuando estima necesaria una tutela urgente)». A este propósito, vd. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/ /V. MORENO CATENA, *Derecho...*, cit., pp. 580 a 582; M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, pp. 73 a 93.

(75) Não deixa de ser demonstrativo dessa preocupação o rol significativo de iniciativas de encontros e colóquios, desenvolvidas por G. TARZIA, com vista a potenciar debates e estudos comparativos sobre as modalidades de tutela jurisdicional urgente, consagradas em diversos países da Europa. Vd., por exemplo, os seguintes estudos publicados: «Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile», RDProc., 1985, pp. 240 ss.; *Les mesures provisoires en procédure civile*, atti del colloquio internazionale milano, 12-13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985; *Les mesures provisoires en droit Belge, Français et italien*, étude de droit comparé, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998. E, mais recentemente, vd., por exemplo, a síntese do colóquio assinada por M. ROSSI SANCHINI, «Un convegno...», cit., pp. 952 a 957.

3. Pois bem, se no contexto clássico era fácil categorizar, uma vez que toda a tutela de urgência se identificava com a «cautela processual», já o mesmo na poderia dizer-se no quadro do contencioso de tipo moderno, visto que as modalidades de tutela urgente se revelam sobretudo heterogêneas. Na encruzilhada entre diferentes figuras processuais, a própria «cautela processual» transforma-se em técnica, a par de outras técnicas. E, em vão, se procura proceder à autonomização de categorias de tutela jurisdicional a partir do estudo parcelar das técnicas da antecipação, da provisoriedade e da sumariedade. E, se aquelas duas técnicas sempre foram objecto de estudo mais ou menos alargado, já esta última tem sido estudada apenas em termos parcelares, sendo certo que um parece ser sempre o ponto de partida mas muitos são os pontos de chegada, faltando sempre unidade.

Ainda assim, o estudo sistemático de processos especiais simplificados sempre cativou a atenção dos autores, dada a atitude «esquizofrénica» do legislador, que nem sempre se serviu das melhores técnicas e às vezes as combinou erradamente ⁽⁷⁶⁾. Se, até há pouco tempo, a tutela cautelar foi servindo como remédio para assegurar toda a tutela urgente, a partir de uma certa altura, principalmente a partir da década de 70/80, os processos especiais sumários proliferaram desordenadamente no sistema italiano. E, ora constituindo mecanismos ao serviço do princípio da economia processual e visando garantir eficácia ao sistema, ora correspondendo a instrumentos concretizadores do princípio da tutela jurisdicional efectiva, e mais recentemente como instrumentos ao serviço do direito a decisão em prazo razoável, alguns desses processos especiais foram também criados com finalidades aceleradoras, senão mesmo com o objectivo de proteger *situações-de-urgência*. E, portanto, seria necessário passar a inclui-los nos estudos ⁽⁷⁷⁾.

E no contencioso de tipo pós-moderno, esta tendência acentuou-se, sendo certo que a urgência passou a ser fundamentalmente protegida através de processos especiais sem classificação categorial, que concretizam diferentes téc-

⁽⁷⁶⁾ Esta é a crítica que A. PROTO PISANI («La tutela sommaria», in: *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pp. 331 e 332) faz ao legislador italiano: por um lado, «*de iure condito* — esaminando le ipotesi tipiche di procedimenti urgenti, cautelari o no — non può non rivelarsi un atteggiamento per così dire schizofrenico del nostro legislatore; il ricorso tipico a procedimenti sommari è stato effettuato prevalentemente con riferimento ad ipotesi che strutturalmente meno oggi giustificerebbero il ricorso a questa specie di tutela (...). Por outro lado, «è da notare che in questi ultimi anni si è verificata una certa qual inversione di tendenza; il legislatore ha cominciato a predisporre forme tipiche di tutela urgente a favore di situazioni di vantaggio a contenuto e/o funzione non patrimoniale (...), anche se ha dato chiari segni di incapacità ad affrontare i molti nodi tecnici implicati dal ricorso alla tutela sommaria».

⁽⁷⁷⁾ Sobre este assunto, vd. N. PICARDI, «Lavori per la riforma del Cod. Proc. Civ. I processi speciali», *RDProc.*, 1982, pp. 700 ss.

nicas processuais, sendo que a própria figura cautelar assume contornos de técnica processual. Assim passou a acontecer no actual contencioso quer civil quer administrativo, sendo certo que pode dar-se como exemplo das novidades introduzidas nesse sentido no contencioso civil a alteração introduzida no c.p.c., a propósito da (regra da eventual) definitividade das providências cautelares antecipatórias, e a solução acolhida no artigo 16.º do RegProcExp. E, da mesma forma, cumpre sublinhar que assim passou a acontecer tanto no contencioso administrativo italiano, após a reforma introduzida pela Lei n.º 205/2000, como no francês, após a reforma introduzida pela Lei n.º 2000/597.

Contudo, é um facto que estas novas figuras processuais, que também respondem às necessidades de protecção jurisdicional de urgência, não podem continuar a ser considerados como «corpos estranhos», devendo ser analisadas e integradas em tipos, grupos, classes ou categorias. É neste quadro, aliás, que se percebe que, por determinação do princípio da tutela jurisdicional efectiva, os mecanismos que visem acudir à urgência sejam repensados segundo as técnicas neles concretizadas.

É certo que a ciência do direito processual tem privilegiado sobretudo o estudo da tutela cautelar ou da tutela provisória em sentido restrito e não tem procedido a estudos desenvolvidos em torno da figura da «tutela de urgência *tout court*» (78). E, em abono da verdade, o estudo das figuras de tutela de urgência tanto tem sido desfocado como tem sido parcelar. Assim, por vezes, o estudo das modalidades de urgência acontece no contexto do estudo das figuras de simplificação e aceleração processual, numa lógica de avaliação, tanto dos instrumentos concretizadores do princípio da tutela jurisdicional efectiva e em prazo razoável como dos instrumentos de realização do princípio da economia do processo, sendo que as modalidades de tutela de urgência surgem integradas numa panóplia heterogénea de instrumentos de política judiciária, tais como os processos simplificados e os processos sumários de cognição sumária, incluindo as próprias figuras de conciliação e mediação e de arbitragem (79).

(78) F. CARPI («La tutela d'urgenza fra cautela, 'sentenza anticipata' e giudizio de merito», RDPProc., 1985, p. 694), ao invocar a famosa sentença da *Corte Costituzionale* n.º 190, de 28 de Junho de 1985, fez referência a esta questão: «Da alcuni significativi passaggi della motivazione si desume che questa volta non è presa in considerazione la sola tutela d'urgenza cautelare, ma la tutela d'urgenza *tout court*, come risulta dall'espresso "rispetto (del) principio (chiovendiano), per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione».

(79) Para uma síntese das soluções de política judiciária propostas em Itália, na década de oitenta, para descongestionar, acelerar e simplificar a «máquina judiciária», e para uma visão do quadro normativo constitucional e europeu envolvente, vd. N. PICARDI, «Lavori per la riforma...», cit., pp. 700 ss.

Contudo, como se verá, tanto é emergente o estudo da tutela de urgência como a categorização processual está iminente, uma vez que o resultado do processo longo e silencioso da sua criação já se manifesta de forma patente e não pode continuar a negar-se. Pense-se na quantidade de situações em que o juiz emite uma *decisão sumária alternativa a descoberto* ⁽⁸⁰⁾ e atente-se nas alterações introduzidas nos quadros legais italiano e português. Com efeito, mercê das novas disposições que entraram em vigor no primeiro semestre de 2006, é possível dizer que no panorama jurídico italiano se procedeu ao acolhimento de diversas novidades que já estavam na calha há algum tempo. Assim, concretizando a lógica da autonomização (estrutural e funcional) das providências cautelares antecipatórias, vulgarmente decretadas ao abrigo do artigo 700.º c.p.c., o legislador italiano veio finalmente determinar que somente as providências cautelares conservatórias caducam (ou perdem eficácia) se a acção principal não for proposta no prazo de sessenta dias ou em prazo menor fixado para o efeito. Pelo que, seguindo as sugestões de um sector da doutrina, o processo civil italiano veio permitir que o processo cautelar desemboque em providências cautelares antecipatórias que ganham definitividade processual, transformando-se tais processos cautelares em verdadeiros processos urgentes autónomos ⁽⁸¹⁾. Enfim, aceite a dificuldade que é na prática distinguir uma providência conservatória de uma antecipatória, o legislador, motivado pela necessidade de obviar à duração pouco razoável do processo civil italiano, veio colocar na mão do juiz e dos práticos essa «aposta» ⁽⁸²⁾, como escreve F. LAZZARO, oferecendo-lhe um mecanismo ágil para obter decisões judiciais rápidas. Ora, só falta à doutrina dizer qual é a natureza jurídica deste processo.

E pense-se no artigo 16.º do RegProcExp, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho. Este regime veio introduzir a faculdade de, no âmbito do processo cautelar, depois de ouvidas as partes, o juiz antecipar o juízo sobre a causa principal. Não se resumindo a permitir a antecipação da decisão de mérito por razão de urgência, como acontece no processo administrativo, a solução acolhida no RegProcExp considera necessário para o efeito que tenham sido trazidos ao processo cautelar os elementos necessários à resolução definitiva da *quaestio iuris* ⁽⁸³⁾, pelo que em causa estão as situações em que «o conflito de

⁽⁸⁰⁾ Sobre este assunto, vd. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lisboa, 1997, pp. 246 ss.

⁽⁸¹⁾ Sobre este tema, vd., por todos, G. IOFRIDA/A. SCARPA, *I nuovi procedimenti cautelari dopo la legge n.º 80 del 2005, il d.l. n.º 271 del 2005 e la legge n.º 51 del 2006*, Itinerari nel processo civile, guide coordinate da F. LAZZARO, Milano, 2006.

⁽⁸²⁾ Neste sentido, vd. F. LAZZARO, «Prefazione» a G. IOFRIDA/A. SCARPA, *I nuovi procedimenti cautelari...*, cit., p. VII.

⁽⁸³⁾ Sobre este assunto, vd. E. BORGES MAIA/INÊS SETIL, «Breve comentário ao regime processual experimental aprovado pelo DL n.º 108/2006, de 8-6», SI, n.º 306, 2006, pp. 312 ss.; RITA LYNCE FARIA, «A sumarização da justiça civil», J, n.º 4, 2008, esp. pp. 218 e 219.

interesses fica sanado e o direito do requerente plenamente satisfeito com o simples decretamento da *providência cautelar* e as situações em que se esgotou a prova no decurso do processo cautelar, estando preenchidos todos os requisitos para proceder à antecipação do juízo de mérito. Enfim, o que pensar, pois, desta opção de ordem política-legislativa — que, aliás, o ProjRdoCPTA parece acolher —, senão que o legislador desejou esbater o traço de instrumentalidade das providências cautelares, autonomizar o processo, sumarizar o momento da prova, acelerar a obtenção de uma decisão de fundo e, em última instância, acolher uma técnica distinta — revelando, pois, que há momentos em que se deve preferir uma técnica em detrimento de outra.

Aliás, entre nós, a última vez em que o legislador avançou para uma experiência do género foi já há mais de cem anos, com o decreto de João Franco (Decreto n.º 3, de 29 de Maio de 1907), tendo-se nessa data procedido à introdução dos instrumentos de sumariedade no processo civil⁽⁸⁴⁾. Enfim, hoje parece mais certo que nunca que o processo não é senão «técnica» (CARNACINI) ou «regras técnicas» (CARNELUTTI)⁽⁸⁵⁾ e escolha da forma, em sentido lato, para realizar a tutela jurisdicional⁽⁸⁶⁾. O processo é a técnica que o legislador concretiza e vai aperfeiçoando com vista a realizar uma melhor realização da justiça⁽⁸⁷⁾. A técnica processual é a escolha da forma processual mais idónea para realizar a melhor tutela do direito através do processo, sendo que o legislador deve atender à situação jurídica que se apresenta carente de protecção jurisdicional e escolher aquela que é tida, em certo momento, como a melhor técnica possível para realizar aquela função⁽⁸⁸⁾.

(84) Sobre este assunto, por todos, vd. LUÍS CORREIA DE MENDOÇA, «O decreto para cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal», J, n.º 4, 2008, pp. 179 ss.

(85) Sobre este assunto, vd. T. CARNACINI («Tutela giurisdizionale e tecnica del processo», in: *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951, p. 708, nota 28), F. CARNELUTTI (*Sistema di diritto processuale civile*), apud G. BASILICO, «Indagine sulla nozione e sulla natura della tutela anticipatoria», in: *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, eds. G. BASILICO/M. CIRULLI, Milano, 1998, pp. 6 a 9.

(86) Sobre este assunto, vd. G. VERDE, «Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro», RDPProc., 1977, pp. 220 ss.

(87) A este propósito, escreve G. BASILICO («Indagine sulla nozione...», cit., p. 7) o seguinte: «Il processo stesso, crediamo — e ciò sembra emergere anche dalle parole degli illustri Autori citati — è una tecnica: è la tecnica — *id est* la (scelta della) forma, in senso lato — della tutela giurisdizionale; quindi è tecnica anche la modulazione che il processo di volta in volta al suo interno assume, sempre per risultare idoneo — o al massimo idoneo — al raggiungimento del suo scopo, il quale, poi, è sempre la realizzazione della tutela».

(88) A este propósito, escreve G. BASILICO («Indagine sulla nozione...», cit., p. 8) o seguinte: «tecnica processuale può rappresentarsi come scelta della forma processuale più idonea al conseguimento della tutela giurisdizionale, o di quel particolare tipo di tutela in quel momento rile-

É neste contexto que se percebe que a acessoriedade-instrumentalidade pode ser uma técnica a concretizar num processo que seja concebido funcionalmente para tutelar a urgência, sendo certo também que a mesma técnica pode ser combinada com outra ou dispensada ⁽⁸⁹⁾. O mesmo acontecendo com a provisoriedade. Enfim, há técnicas adequadas e outras dispensáveis para concretizar em processos urgentes, *id est* processos que servem para realizar a tutela jurisdicional definitiva ou provisória de *pretensões-de-urgência* e cuja estrutura deve combinar com tal função, sendo certo que, para tutelar as *pretensões-jurídicas* que só têm existência na *dimensão-do-presente*, faz sentido que se acolha a técnica que traduza, no mínimo, simplicidade e abreviação procedimental — o que nos leva a procurar saber o que são processos sumários e o que é a *summaria cognitio* ⁽⁹⁰⁾.

III. E, de facto, a parte mais difícil desta investigação — *rectius*, sumamente mais difícil, digna de fazer perder a razão ao estudioso mais aplicado — foi trabalhar a «técnica da sumariedade» ⁽⁹¹⁾ e elaborar os conceitos técnico-jurídicos de processo sumário e de *summaria cognitio*. Aliás, desenvolvendo uma leitura e reflexão *embrulhadas* num fenómeno enganoso, só semelhante ao fenómeno «lookback time» ⁽⁹²⁾, o conceito de *summatim cognoscere*

vante. (...). Il legislatore deve prendere atto di una certa situazione in fatto e provvedere a regolarla con norme giuridiche; nel farlo sceglierà la tecnica processuale che ritiene più consona alla funzione».

⁽⁸⁹⁾ Com efeito, já é bem antiga a posição que vai no sentido de negar que a característica da instrumentalidade seja a característica distintiva da tutela cautelar, vd. F. LANCELLOTTI, «Osservazioni critiche intorno alla autonomia processuale della tutela cautelare», *Rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1939, pp. 232 ss.; IDEM, *Contributo allo studio sistematico della cautela giuridica*, Padova, 1942; e C. CALVOSA, «In tema di provvedimenti cautelari inominati», *RDPProc.*, 1949, pp. 211 ss.; IDEM, *La tutela cautelare (profilo sistematico)*, Torino, 1963. Neste sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA («Prólogo» a ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução...*, cit., esp. pp. 12 e 13; tb. publ. in: REDA, 115, 2002, pp. 393 ss.) considera a provisoriedade, avaliada pela incapacidade de formar caso julgado (juntamente com a sumariedade) a principal característica distintiva da tutela cautelar. Sobre este tema, e em particular sobre a noção de instrumentalidade esbatida e a opção de autonomização do processo cautelar no processo civil italiano, que assim passa a acolher um processo urgente autónomo, vd. G. IOFRIDA/A. SCARPA, *I nuovi procedimenti cautelari...*, cit., esp. pp. 4 a 7.

⁽⁹⁰⁾ Sobre parte do caminho percorrido em busca do conceito de sumariedade, demos conta no nosso «Verdade e verosimilhança: o (provável) erro de Calamandreis», *BFD* (81), 2005, Coimbra, pp. 633 ss.

⁽⁹¹⁾ A este propósito cumpre atender sobretudo à dogmática italiana: F. CARINGELLA, «La tutela sommaria», e R. GAROFOLI, «La nuova tutela cautelare», ambos recolhidos in: *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo — Trattato di giustizia amministrativa*, di F. CARINGELLA/R. GAROFOLI, Milano, 2006, respectivamente pp. 689 ss. e pp. 757 ss.

⁽⁹²⁾ Revisitando E. KLEIN (*O tempo...*, cit., pp. 85 ss.), aprende-se que o fenómeno de «lookback time» traduz o desfasamento temporal: olhar à distância no universo (espaço) é, por-

parecia cada vez mais distante (1.). Finalmente encontrados e reinterpretados à luz do direito ao processo justo, seria finalmente possível configurar a existência de um tipo, uma estirpe ou categoria de tutela jurisdicional de urgência (2.). Foi neste quadro que se propôs desenvolver o estudo sistemático dos processos urgentes autônomos e dos processos urgentes cautelares previstos nos Títulos IV e V do CPTA e é neste contexto que se vislumbra a possibilidade de reduzir o tipo de tutela jurisdicional prevista em ambos os títulos à mesma categoria processual (3.).

1. As questões de prova, de valoração da prova e de configuração dos processos sumários constituem, na verdade, questões de grau tão elevado que até o investigador mais voluntarioso chega a duvidar da sua resistência para encontrar respostas (93). Estas são figuras verdadeiramente marcadas por equívocos, incongruências, paradoxos e contradições. E, especialmente, o conceito de prova sumária e o de processo sumário estão envolvidos em polémica doutrinária, desde os tempos mais antigos.

Aliás, indo à procura das figuras mais antigas de sumariedade, encontramos-as, precisamente no *ius romanum* clássico. Mas, este *modus procedendi* de o juiz conhecer provisoriamente por razões de urgência (ou *periculum in mora*) foi posteriormente acolhido no *Corpus Iuris Civilis* como algo diferente, dando origem aos primeiros equívocos (94). *Summatim cognoscere* sig-

tanto, olhar à distância no passado, sendo certo que observar fracções do universo significa observar fracção mais antigas do que afastadas. Ou seja, aquilo que vemos agora, já não existe; passou-se há muito tempo atrás, em termos que o que parece ser agora, já foi, já existiu. Assim, hoje, nenhum objecto observado no espaço é contemporâneo. Basta pensar que a luz do sol demora oito minutos para chegar até nós. E a luz de uma estrela ou de uma galáxia mais remota pode viajar durante vários biliões de anos. Assim, hoje quando as observamos não podemos dizer que estamos a ver nelas aquilo que elas são no presente.

(93) Como escreve D. BLANQUER (*La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valencia, 2006, pp. 439 ss.), quanto à resposta sobre se é possível, através do processo e a partir do resultado probatório, alcançar a verdade, pode apontar-se três tendências: sim: a finalidade do processo é atingir a verdade, existindo uma necessidade axiológica de conhecer a verdade; não: a lógica do *nihilismo* jurídico aponta no sentido da impossibilidade epistemológica de conhecer a verdade. É impossível conseguir tal objectivo. Logo valora-se globalmente o material probatório e remete-se para o foro interior do juiz tal tarefa, não se fundamentando convenientemente a decisão; mais ou menos: no sentido de que se pode atingir a certeza razoável ou certeza relativa, sem querer alcançar a verdade de todos os factos, tanto mais que há limitações processuais e há uma duração reduzida do juízo (há uma impossibilidade prática de chegar à verdade).

(94) É certo que a polémica em torno desta figura sempre existiu e manteve-se aberta na Pandectística. Sobre este assunto, afirmando a existência de erros na elaboração da colectânea do *Corpus Iuris Civilis* e defendendo uma nova leitura das fontes do *ius romanum* clássico, no

nifica agora algo distinto, algo que se justifica por um conjunto de factores. E, precisamente, é neste sentido que o direito medieval, incluindo o direito canónico, vai acolher este conceito: conhecer de modo diverso e decidir de modo acelerado — mas já não com o sentido de conhecer e decidir provisoriamente. De resto, é de todo impossível falar em sumariedade sem trazer à colação a Clementina Saepe de 13 de Dezembro ⁽⁹⁵⁾. Aliás, os traços da sumariedade harmonizam-se bem com o direito medieval, mas já não têm nada que ver com os da figura romana, sendo certo que as razões que justificam o seu acolhimento só contribuíram para aumentar o mistério que sempre as envolveu, mesmo depois de estudadas com grande rigor pela escola germanística do direito romano ⁽⁹⁶⁾.

Assim, de acordo com uma das leituras do fragmento atribuído a Ulpianus, constante do Digesto, realizada pela ciência jurídica romanística, *summatim cognoscere* seria sobretudo sinónimo de processo especial de tramitação que, suprimindo certas regras estabelecidas para o processo ordinário, prescindiria do cumprimento de certas garantias das partes, revelando-se como simplificação, aceleração e abreviação dos termos legais e das fases, bem como se revelaria como redução e simplificação quantitativa da prova. Assim, longe do conceito clássico, *summatim cognoscere* surge associado a processo sumário, sendo certo que tal figura de matriz *justinianeia* corresponde a um processo de cognição especial para certas matérias ou para certas situações, em relação às quais a rapidez ou outros valores (como a simplicidade da causa ou a evidência da prova), justificam a aceleração da cognição do tribunal, sendo certo que, de acordo com a leitura de BRIEGLER, a simplificação pode traduzir tão somente uma redução quantitativa do material probatório e não determina obrigatoriamente uma diminuição da intensidade qualitativa da cognição ⁽⁹⁷⁾. Claro está, que esta leitura é apenas uma leitura. E, por isso mesmo, impõe-se dar conta

contexto do qual *summatim cognoscere* significava sobretudo pré-decidir num processo acessório, de modo provisório (interino e não-prejudicial) a questão jurídica pendente num processo principal, vd. D. SIMON, «Summatim cognoscere...», cit., pp. 142 a 218.

⁽⁹⁵⁾ A este propósito, vd. V. FAIRÉN GUILLÉN, *Lo sumario e lo plenario en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, Madrid, 2006, pp. 241 ss.

⁽⁹⁶⁾ A este propósito, sobre as diversas posições, vd. H. K. BRIEGLER, *Einleitung in die Theorie des summarischen Processes*, Leipzig, 1859, §§ 53-65, pp. 238 ss.; G. W. WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 2. Aufl., Leipzig, 1865, § 29: von der Bescheinigung (*summatim cognoscere*), pp. 273 ss.; B. BIONDI, «Summatim cognoscere», BIDR (30), 1921, pp. 220 a 258; H. KRÜGER, «Das summatim cognoscere und das klassische Recht», SZ (45), 1925, pp. 39 a 96; CH. LEFEBVRE, *Les origines Romaines de la procédure sommaire aux XII et XIII siècles*, *Ephemerides Iuris Canonici Romae*, 12, 1956; D. SIMON, «Summatim cognoscere. Zwölf Exegesen», SZ (83), 1966, pp. 142 a 218.

⁽⁹⁷⁾ A este propósito, vd. H. K. BRIEGLER, *Einleitung...*, cit., p. 238 ss.

de uma outra que sempre associou a *summaria cognitio* à urgência, sobretudo aos processos cautelares, e ao conhecimento probabilístico, pouco certo, e à apreciação de prova qualitativamente menos forte, menos qualificada para demonstrar a realidade dos factos — tudo bem harmonizado com o princípio que legitima o juiz dos processos cautelares a decidir numa lógica de mais ou menos ⁽⁹⁸⁾.

O facto é que a heterogeneidade das figuras de que se fala não ajuda a encontrar soluções unívocas, que agradem a todos. E o certo é também que os erros de tradução linguística e a propagação de equívocos também veio acentuar a difícil relação que existe entre o juiz da urgência e a prova, que por si só já é muito difícil, sendo certo que as diferentes gerações da dogmática não se entendem quanto a essa relação. Aliás, só uma coisa é certa: a dupla compreensão do tema acompanhou as gerações da ciência processualista. E se desde o início a relação nunca foi nada pacífica, como se demonstrou, mais recentemente tornou-se impossível de descrever, dado o rol de factores que dificultou o seu estudo. Por um lado, estão os fenómenos de sumarização. Por outro, existe o estudo parcelar e sectorial do tema.

Na realidade, um dos fenómenos típicos do contencioso moderno corresponde à «descodificação» e à previsão de «tutela diferenciada», fenómenos que se traduziram na crescente previsão de processos e procedimentos especiais, com esquemas processuais diversos, que funcionam como válvulas de aceleração, de escoamento e de descongestionamento «da própria máquina processual». Assim, em Itália, por exemplo, alguns foram integrados no IV Livro do c.p.c., e outros em legislação avulsa. De resto, tais processos foram-se desdobrando em processos simplificados de cognição plena, processos sumários autónomos e processos cautelares, tendo em comum o facto de se regerem por normas de «excepção perante a regra». E, quanto a nós, por exemplo, ainda há pouco se comemorou o centenário do Decreto n.º 3, de 29 de Maio de 1907. Um diploma que veio introduzir abreviação, difusão e aceleração no processo civil, aquilo que LUIS MENDONÇA e RITA FARIA classificam como início de uma tendência de sumarização da justiça civil, sendo certo que tal figura da lavra de João Franco, mantém, para os autores, toda a actualidade no processo hodierno — basta pensar nas *mil e uma formas* especiais previstas actualmente no processo civil ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁸⁾ A este propósito, vd. G. W. WETZELL, *System...*, cit., pp. 273 ss.

⁽⁹⁹⁾ Neste sentido, vd. os textos de LUÍS CORREIA DE MENDONÇA («O decreto para a cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal») e RITA LYNCE DE FARIA («A sumarização da justiça civil»), publicados in: J, 04, 2008.

Ora, os processos sumários sem função cautelar sempre foram menos estudados, tendo-se sentido sempre falta de um estudo sistemático desse tipo de processos. Por exemplo, CHIOVENDA estudou-os na categoria de «accertamenti con prevalente funzione esecutiva», mas não foi suficiente o seu estudo para instituir instrumentos operativos de classificação. CALAMANDREI realizou o primeiro estudo sistemático sobre os processos sumários cautelares, mas o mesmo não abrangia os processos sumários não cautelares. E, outro autor, LEVONI, reconhecendo o carácter parcelar de estudos e a ausência de uma perspectiva sistemática de tratamento de processos especiais, procurou distanciar a «técnica cautelar» da «técnica da sumariedade» ⁽¹⁰⁰⁾. Posteriormente, CARRATTA, prosseguindo um objectivo idêntico, mas mais profundo e abrangente, fê-lo com o objectivo de evidenciar a categoria de tutela jurisdicional antecipatória ⁽¹⁰¹⁾. E, por exemplo, LANFRANCHI tem estudado sobretudo a vertente procedimental dos processos sumários, procurando conciliá-los com as exigências do *due process*.

2. De resto não se duvida de que o conceito de processo sumário se distingue bem do conceito de *summaria cognitio* (2.1.). E a compreensão deste conceito impõe a consideração das especificidades do momento da realização de prova nos processos sumários (2.2.). Contudo, para explicar o conceito também é obrigatório ter em conta o momento da valoração da prova em geral, para assim se saber se há algo de especial na valoração da prova nos processos urgentes (2.3.).

2.1. De resto, o que mais deve preocupar na aceitação dos processos *lato senso sumários* é a possibilidade de os mesmos atentarem contra o direito ao processo equitativo, na configuração do *fair trial*, entendido como um processo que proporciona um *standard* de tutela correspondente ao exigido pelo artigo 6.º da CEDH ⁽¹⁰²⁾. Na verdade, o *due process of law* é um processo cuja justiça reside não apenas na imparcialidade, na autonomia, na independência e

⁽¹⁰⁰⁾ Sobre este assunto, vd. A. LEVONI, «Provvedimenti sommari non cautelari e regime sostanziale dell'azione», RTDPC, 1982, pp. 103 ss.

⁽¹⁰¹⁾ A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997.

⁽¹⁰²⁾ Na verdade, este tema foi tratado por L. LANFRANCHI, «Riflessioni “de iure condito” e “de iure condendo” sulla tutela cognitiva ordinaria e sommaria», RGLPS (anno XXXIII — fasc. 4-5, Parte I), 1982, pp. 7 ss.; IDEM, «Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari», RTDPC, 1987, pp. 88 ss. E foi retomado numa obra colectiva de que foi coordenador «“Pregiudizi illuministici” e “giusto processo” civile», in: *Giusto processo civile...*, cit., pp. 16 ss., esp. pp. 20 ss.

no carácter natural de quem administra a justiça. O processo justo é também aquele cuja regulação prevê as formas e os termos do processo, em termos que tais formas e termos estão pré-determinados ao pormenor pelo legislador, sendo possível assegurar com previsibilidade que as partes são titulares de poderes e deveres processuais e que o processo é destinado a finalizar com certo tipo de decisão final, sendo possível proceder-se a um controle *in iure* da actuação do juiz e das suas escolhas (através da análise da motivação lógica das escolhas realizadas) ⁽¹⁰³⁾. Assim, o processo justo deve ser entendido como sequência de actos, com forma típica, minimamente prevista desde o início, em termos que as partes possam apresentar e planear estrategicamente a sua plena defesa, segundo critérios de previsibilidade, justiça e igualdade ⁽¹⁰⁴⁾. Pois bem, é exactamente neste contexto, de realização de funcionalidades múltiplas, que se percebe a razão pela qual a técnica da sumariedade procedimental preocupa a ciência processualista, já que esta técnica pressupõe simplificação e aceleração e sobretudo indeterminação de formas e termos, convidando à escolha discricionária do juiz quanto à configuração estrutural do processo e à configuração do modelo do contraditório ⁽¹⁰⁵⁾. E, entre nós, ainda que o TC entenda que «não se retira de nenhuma disposição constitucional a existência de um qualquer direito dos particulares a uma certa e determinada conformação do processo [civil] que se imponha ao legislador ordinário como *standard* fixo de tramitação processual que deva ser adoptada *ne varietur*» (acórdão n.º 69/2008, de 31.01.2008), não deixa de merecer reflexão a previsão *ad hoc* de instrumentos de concretização da sumariedade procedimental, uma vez que a conformação legislativa do processo deve estar sujeita ao *due process*. Assim sendo, há garantias que se impõem, incluindo a garantia a uma tramitação processual prévia, ainda que, como afirma o TC não tenha que ser «uma certa e determinada tramitação processual», uma vez que isso não decorre de nenhum direito constitucional ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰³⁾ Sobre esta tema, vd. L. LANFRANCHI, «Pregiudizi illuministici...», cit., pp. 18, 22, 24 e 25.

⁽¹⁰⁴⁾ Sobre este assunto, vd. N. PICARDI, «Lavori per la riforma...», cit., pp. 700 ss.; G. WALTER, «I diritti fondamentali nel processo civile tedesco», RDProc., 2001, pp. 733 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Sobre este assunto, L. LANFRANCHI, «Pregiudizi illuministici...», cit., p. 25.

⁽¹⁰⁶⁾ O TC afirmou, na verdade, o seguinte: «a conformação legislativa do processo civil está vinculada ao princípio *due process of law*, consagrado desde logo no artigo 2.º e decorrente do artigo 20.º da CRP. O que decorre deste princípio é o direito a uma solução jurídica dos conflitos que seja obtida em prazo razoável, dispensada com a observância das garantias de imparcialidade e de independência e com um correcto funcionamento do princípio do contraditório. Sendo estas as vinculações constitucionais do processo civil, para além delas situa-se o espaço de liberdade conformadora do legislador, que não é portanto previamente limitado pela existência de um direito a uma certa e determinada tramitação processual» (acórdão n.º 69/2008, de 31.01.2008, processo n.º 240/2007).

2.2. E no que concerne à concretização da sumariedade cognitiva, desengane-se quem pensa que o tema é simples. Ainda assim, também aqui se deve dar conta de avanços dados por um sector da doutrina. E, afastado o conceito clássico de prova *prima facie*, de verosimilhança e de outras invenções relacionadas com as dificuldades próprias da valoração de prova em qualquer processo⁽¹⁰⁷⁾; e acolhidas as críticas de um sector da escola moderna, des-

⁽¹⁰⁷⁾ Veja-se as dificuldades que actualmente a dogmática tem para explicar os conceitos de verdade, probabilidade e verosimilhança. D. BLANQUER (*La prueba...*, cit., pp. 439 ss.) diz o seguinte, no que concerne à verdade: segundo a teoria da correspondência (que atende sobretudo a um ponto de vista descritivo), a verdade pressupõe que há uma correspondência entre as afirmações sobre os factos e a realidade do mundo empírico. Um facto é verdadeiro quando existe num certo espaço e tempo. Chega-se até ele pela verificação empírica: o que importa é o resultado da confirmação entre existência real e a narração. De acordo com a teoria do consenso (que segue sobretudo uma lógica pragmática e a lógica da aceitação justificada da verdade), não importa o resultado. Importa estabelecer condições válidas de aceitação do conhecimento, sendo que se deve alcançar um consenso fundado em critérios racionais e razoáveis. O objectivo é que o resultado se aceite como verdadeiro de forma generalizada, racionalizando o grau de incerteza. Mais do que um conhecimento verdadeiro, fala-se em conhecimento aceitável. E quanto à probabilidade, D. BLANQUER diz que um facto provável não está plenamente provado, mas resulta credível, existindo probabilidade quando o grau de confirmação da hipótese é suficiente. E o grau de probabilidade pode medir-se com critérios quantitativos ou qualitativos, sendo certo que este apela à lógica do razoável, segundo a lógica dos juízos de indução e inferência. Assim se permite aceitar como verdade uma narração de um facto apelando-se às máximas de experiência. Este tipo de conhecimento pode ter causas substantivas (conceitos indeterminados) e causas processuais. No caso das causas processuais inclui-se os juízos de cognição limitada. O resultado da simples probabilidade pode ter como causa um factor de ordem processual e assim acontece em relação aos juízos de cognição limitada, como é exemplo aquele que precede a adopção das providências cautelares. Neste contexto, há uma causa processual (fundada na sumariedade do juízo sobre a matéria de facto) que explica a dificuldade epistemológica em alcançar a verdade num lapso de tempo tão reduzido. Assim, como a sumariedade se refere à brevidade temporal do trâmite, nem sempre afecta a quantidade ou qualidade da informação obtida, pois a celeridade não impede a obtenção de verdade. Ocorre que a informação que se busca nesses processos acessórios tem carácter parcial, uma vez que não se referem sempre e necessariamente a todos os factos juridicamente relevantes para resolver a controvérsia objecto do litígio. A *questio facti* do processo principal pode não coincidir com a do processo acessório. Um dos traços característicos destes juízos de cognição limitada resulta do facto de a informação que o tribunal adquire não estar procedimentalizada: a) Não há uma regulação dos trâmites através dos quais o tribunal recolhe informação para adquirir conhecimento pleno da verdade dos factos, ou a probabilidade ou a credibilidade do resultado das provas realizadas; b) Como consequência do carácter sumário do processo para adopção de medidas cautelares, o tribunal não prevê um trâmite para decidir separadamente se aceita ou não a prova; c) Nem tão-pouco há uma fase procedimental para proposição de meios de prova, ou de admissibilidade de prova proposta, tendo em conta a sua utilidade e pertinência. E nem há um período de tempo para praticar as provas propostas e admitidas; d) E, assim, tendo em conta os indícios probatórios e tendo em conta a aparência de credibilidade (juízo *prima facie*) ou o grau de verosimilhança das afirmações de facto expressas pelas partes (*fumus boni iuris*), adopta-se uma decisão provisó-

cobertas as falácias multiplicadas em torno do conceito de *summaria cognitio* e anulado o equívoco jurídico dos sistemas latinos, cuja origem está num erro de tradução de um *falso amigo* alemão, «Wahrscheinlichkeit» — já que aquela palavra não poderia nunca ter sido traduzida pela palavra italiana «verosimiglianza»⁽¹⁰⁸⁾ — parece ficar cada vez mais fácil avistar *o cume da montanha*, dando para perceber que a realização da prova nos processos sumários pode ser simplificada e reduzida, sendo certo que o material probatório recolhido é sempre, e em qualquer caso, valorado de acordo com os mesmos princípios.

2.3. Aliás, um dos equívocos surgidos em torno da prova sumária, teve que ver com um momento da história em que, no quadro da problemática da valoração da prova, se entendeu como necessário distinguir *a prova plena* da *prova semiplena*, como se existisse provas fracas e provas fortes e as fracas fizessem parte dos processos sumários — justificando em última instâncias os conhecimentos aparentes e os juízos de verosimilhança. E tal estava errado.

Pense-se na valoração da prova: esta «traduz uma actividade, um modo de proceder, que necessariamente precede a formação, sobretudo, o momento conclusivo do convencimento. O convencimento é o momento final de um procedimento e constitui, portanto, o resultado de uma actividade. Por regra,

ria: uma decisão que tem como função acautelar e garantir que se cumpre a finalidade do processo. Por outro lado, e também por causa da provisoriedade, o juízo de cognição limitado não produz efeitos típicos de caso julgado, pelo que se deixa aberta a possibilidade de aquisição de novas informações que confirmem ou venham dizer se o juízo provisorio corresponde à realidade dos factos. Quanto à verosimilhança, D. BLANQUER (*La prueba...*, cit., pp. 444 ss.) refere que é algo diferente de prova fraca, nem tão-pouco corresponde a um facto do qual não há prova plena ou em relação ao qual o grau de probabilidade é muito pequeno. Provável e verosímil não são termos sinónimos. Os juízos de verosimilhança referem-se às premissas do silogismo, não ao resultado de prova. Enquanto o verdadeiro e o provável surgem no contexto da avaliação do resultado probatório, o verosímil alude às afirmações sobre os factos (incidindo na distribuição da carga probatória). Estas afirmações são para o tribunal hipóteses que entram no quadro da normalidade (*id quod plerumque accidit*), sendo que se tem por verosímil aquilo que é normal ou que resulta das máximas de experiência. Para alguns uma afirmação sobre os factos é verosímil quando aparentemente é verdadeira, por se fundar num juízo *prima facie*, já que a hipótese afirmada resulta plausível. Portanto, um comportamento verosímil é uma conduta habitual de uma pessoa, correspondendo a uma coisa típica num contexto social determinado. Já se diz que certa coisa é inverosímil porque não é típica, nem habitual, nem frequente. Portanto nesses casos, há um grau de verosimilhança ou grau de normalidade. Ainda assim, o juízo sobre o verosímil é diferente do juízo sobre o verdadeiro e o provável.

⁽¹⁰⁸⁾ Nesta renovação, vd. A. PROTO PISANI, «La tutela sommaria...», cit., pp. 310 ss., esp. pp. 345 ss.; A. CARRATTA, *Profili...*, cit., 1997, pp. 254 ss.; B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve», in: *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, coord. J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998, pp. 164 ss.

é um momento livre, sobretudo se é livre a actividade que constitui o seu presuposto» (109). Superando a margem de dúvida sempre presente, o juiz convence-se da verdade dos factos ou, pelo contrário, declara não ter sido alcançada a certeza, fazendo aplicar a regra sobre o ónus da prova. A verdade e a certeza traduzem, portanto, o núcleo da problemática do conhecimento e exprimem a tensão e o trabalho do juiz. Ora, nas origens históricas do princípio da livre convicção do juiz, descritas por PATTI, há um pormenor relevante que aqui cumpre realçar, que remonta ao século XV e tem que ver com a «antiga e artificial ligação entre a prova e o convencimento» (110) do juiz. Assim, tal equívoco ligamento surge enquadrado por aquilo que se entendia ser o princípio da *intime conviction* do juiz. E este exprime sobretudo o reconhecimento da necessidade de uma livre decisão em relação à valoração da prova e uma aspiração à verdade. Contudo, a terminologia francesa que é acolhida pelos autores italianos, que falam em íntima convicção («intima convinzione»), para sublinhar a interioridade do juízo, alude a um fenómeno de pura consciência, que favorece o acolhimento da ideia de um poder «misterioso e insondável», não susceptível de análise ou controlo. É precisamente neste contexto de convicção livre como sinónimo de algo de íntimo e de pura consciência que surge a falsa associação entre prova e convencimento, fazendo distinguir a prova *completa* da prova *semiplena*, sendo certo que *prova plena* seria aquela que estabelece uma inteira convicção no ânimo do juiz (que pode resultar do depoimento de duas testemunhas irreprensíveis, e a *semiplena* seria aquela da qual não resultaria uma perfeita convicção. Como se percebe, a convicção do juiz estava assim predeterminada pelo tipo de prova (111).

Ora, por regra, os sistemas processuais assentam no princípio da livre convicção do juiz, como acontece no alemão, onde o mesmo é acolhido no § 286 da ZPO, sendo certo que tal preceito, intitulado *Beweiswürdigung*, determina que o tribunal, tendo em conta o total conteúdo do julgamento e da instrução probatória, deve decidir segundo uma livre convicção («freie Überzeugung») se um facto deve ou não ser considerado verdadeiro, sendo certo também que a questão da verdade é aquela que é possível alcançar no processo, revelando-se como probabilidade. Aliás, normalmente, nos ordenamentos jurídicos a decisão do juiz sobre o facto *probandum* assenta alternativamente ou na formação da livre convicção do juiz ou na aplicação das regras sobre o ónus da prova — para além das situações da prova legal.

(109) S. PATTI, «Libero convincimento e valutazione delle prove», RDPProc., 1985, pp. 481 ss.

(110) S. PATTI, «Libero...», cit., p. 489.

(111) S. PATTI, «Libero...», cit., p. 491.

Aliás, no sistema alemão faz-se sentir cada vez mais a influência dos sistemas escandinavos, onde prevalece o sistema da livre convicção e se reduz ao máximo o peso das normas sobre o ónus da prova. Assim, em outras experiências jurídicas — sobretudo na Suécia — dá-se a possibilidade às partes de demonstrar apenas um certo grau de probabilidade, estabelecendo-se que o juiz deve considerá-lo suficiente para dar como provado certo facto. Segundo o estudo de O. EKELÖF, o juiz não deve alcançar o convencimento da verdade — tida como certeza moral — mas simplesmente averiguar, tendo em conta a prova carreada pelas partes, se um certa *fattispecie* apresenta certo grau de probabilidade, sendo certo que a permanência de alguma dúvida é prevista «num sentido fisiológico» ⁽¹¹²⁾, isto é, o juiz não tem que se esforçar para dar o «passo posterior», que segundo certos autores é de natureza exclusivamente psicológica, e se reduz a um supremo momento de certeza interior.

Como afirma PATTI, a tese sucua assenta na ideia de que a decisão do juiz, sobre a verdade de um facto, é uma decisão que se baseia num puro juízo de probabilidade e na conseqüente recusa de uma convicção de certeza pessoal, sendo certo que o juiz deve apenas procurar confirmar, na seqüência de uma actividade probatória, se certo facto alcançou o grau de probabilidade previsto na lei, expressamente ou mediante os termos de provável, verosímil ou presumível, idóneos a exprimir os diferentes valores probatórios. Assim, nos sistemas escandinavos, o valor de cada uma das provas não é predeterminado e, não obstante dever ter em conta as máximas de experiência e a prova pericial, cabe ao juiz determinar, em última análise, o valor probante da prova e a fasquia da prova a alcançar para o caso concreto, estabelecendo também o grau de prova alcançado ⁽¹¹³⁾. Aliás, a doutrina apela à estatística e à matemática, revelando-se úteis em determinadas matérias para determinar o grau de prova, sendo certo que cada vez mais se utiliza a lógica da percentagem de probabilidade na prova dos factos, fazendo com que certos autores falem a este propósito de «tarifário da prova» ou em «aplicação de uma teoria da probabilidade expressa em quotas percentuais» (CAVALLONE), criticando a experiência mais recente alemã, que se inspira cada vez mais na lógica escandinava para decidir ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹²⁾ Neste sentido, P. O. EKELÖF, «Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins», ZZP, 75 (1962), pp. 289 ss.; IDEM, «Beweiswert», in: *Festschrift für F. Baur*, Tübingen, 1981, pp. 343 ss.

⁽¹¹³⁾ Segundo S. PATTI («Libero...», cit., p. 500 e pp. 501 ss.), na Suécia tem-se aplicado radicalmente tal construção, levando a que nos casos em que a lei não oferece indicações quanto ao grau de probabilidade, nem exista uma razão para que o juiz o estabeleça especificamente, se afaste a regas sobre o ónus da prova.

⁽¹¹⁴⁾ Para mais desenvolvimentos, vd. S. PATTI, «Libero...», cit., p. 500 e pp. 501 ss.

Na realidade, uma vez que é mais adequada para alcançar efeitos práticos, muitos autores alemães têm vindo a aderir à tese do *Überwiegensprinzip* — procurando acolher as vantagens do *Överviktsprincip* escandinavo — e a própria jurisprudência tem aceite a mesma tese probabilística da prova, decidindo favoravelmente desde que haja mais de 50% de probabilidade de os factos alegados como existentes serem verdadeiros ⁽¹¹⁵⁾. De acordo com o princípio da prevalência ou da preponderância — *Überwiegensprinzip* ou *Överviktsprincip*, segundo a lógica escandinava — o juiz pode decidir tendo em conta que 51% de probabilidade está mais perto da verdade do que o contrário, sendo certo que tal princípio vai anulando e afastando a aplicação das regras do ónus da prova, tanto mais que se considera que tal decisão será melhor fundamentada do que aquela que resultaria da aplicação destas regras ⁽¹¹⁶⁾. Assim, segundo aquele princípio, o juiz deve chegar a uma decisão desde que haja uma prevalência mínima de 1% a favor de uma das partes, no que respeita à prova. Aliás, também nos sistemas anglo-saxónicos se fala já há algum tempo em cálculo matemático de «chance» e também no processo civil se pede ao autor que prove o facto com *preponderance of evidence*, continuando a valer no processo penal a lógica do «beyond reasonable doubt» ⁽¹¹⁷⁾. É neste contexto que há quem afirme (J. ESSER) que «a nova realidade constrange a abandonar a ideia de *freie Überzeugungsbildung* do juiz civil e a substitui-la por um mais realístico e eficaz juízo de probabilidade», já que a convicção deve ser justificada e deve ser marcada por características objectivas, em vez de possuir traços pessoais ⁽¹¹⁸⁾. É, precisamente, neste sentido que se deve avançar para a valoração da prova nos processos urgentes, distinguindo aquilo que é a valoração da prova — ainda que o material probatório seja em alguns casos reduzido e incompleto — daquilo que é o exame de conclusão provisório dos processos cautelares, acolhendo na plenitude, quanto ao primeiro momento, e em relação a todos os processos urgentes, o princípio da preponderância.

3. Enfim, é um facto que se procede ao estudo das figuras processuais previstas nos Títulos IV e V do CPTA com o objectivo de agrupar, em

⁽¹¹⁵⁾ Sobre este assunto, vd. R. BENDER, «Das Beweismaß», in: *Festschrift für F. Baur*, Tübingen, 1981, pp. 247 ss.; e vd. a crítica de M. HUBER, *Das Beweismaß in Zivilprozeß*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983, pp. 22 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Sobre este assunto, vd. R. MOTSCH, «Vom Prozeß als Beweis zum Überwiegensprinzip», in: *Gedächtnisschrift für J. Rödig*, Berlin, Heidelberg, New Yourk, 1978, pp. 334 ss.; IDEM, *Vom rechtsgenügenden Beweis*, Berlin, 1983.

⁽¹¹⁷⁾ Sobre este tema, vd. L. J. COHEN, *The probable and the provable*, Oxford, 1978, pp. 78 ss.; R. EGGLESTON, *Evidence, proof and probability*, London, 1978, pp. 46 ss.

⁽¹¹⁸⁾ Para mais desenvolvimentos, vd. S. PATTI, «Libero...», cit., p. 507.

vez de fomentar a existência de figuras *sui generis* e em vez de incentivar a existência de *corpo estranho* (ou *tertium genus*) perante o modelo ordinário pré-configurado na justiça administrativa. E com tal objectivo procedeu-se a três tipos de operações: à aplicação do conceito de acessoriedade-instrumentalidade, sendo certo que se renovou o sentido da expressão instrumentalidade, à aplicação e compreensão das técnicas da tutela provisória e antecipatória no contexto da justiça administrativa e à identificação dos elementos previstos na lei processual que denunciam a concretização da técnica da sumariedade nesses processos. Depois do estudo do regime jurídico dos processos urgentes autónomos e dos processos urgentes cautelares e da avaliação da concretização das técnicas em cada um dos tipos processuais previstos, tentou-se proceder à classificação e à redução à unidade categorial, segundo um critério de ordem formal, um outro de matriz funcional e um terceiro de natureza estrutural.

Não vamos anunciar já se houve sucesso na tentativa. Vamos tão-somente convidar à reflexão. Afinal, será que o facto de todos os processos urgentes consagrados no CPTA responderem a uma função idêntica, de seguirem a mesma forma processual e de concretizarem o mesmo género de excepções aos princípios gerais instituídos no sistema ordinário não é suficiente para nos fazer reflectir na sua agregação no mesmo grupo ou estirpe processual? E o facto de serem exactamente do mesmo tipo os poderes exorbitantes que o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* concretiza, independentemente de este actuar ao abrigo das normas constantes do Título IV ou do Título V do CPTA, não será uma boa razão para obrigar a perguntar se estamos perante uma (só e mesma) categoria de tutela judicial? E o facto de todos os processos urgentes (autónomos e não autónomos) serem concebidos estruturalmente de acordo com os mesmos instrumentos de concretização da técnica da sumariedade procedimental não abona a favor da existência de uma categoria simplificada (ou sumária) de tutela judicial para tutelar a *situação-de-urgência*? Enfim, se for possível esperar que no final a efectividade da justiça administrativa fique a ganhar, então estas são justificações razoáveis para se pensar nesta dissertação a categoria da tutela jurisdicional de urgência.

Enfim, como se deseje, adopte-se a atitude que se adoptar — a de *sujeito-do-futuro* ⁽¹¹⁹⁾, de quem não vê as coisas apenas lá longe, mas as

⁽¹¹⁹⁾ Assim, como se verá nesta dissertação, G. »HUSSERL (*Recht und Zeit*, Frankfurt am Main, 1955, p. 47), a propósito de como o *homem-do-futuro* encara as dimensões do tempo, diz: «Der Zukunftsmensch sieht nur *weiter*. Er sieht die Dinge anders, weil sein Blick eine andere Zeitdimension — die der Zukunft — mitumfaßt».

vê *diversamente*, integrando-as na dimensão temporal do futuro; a de *sujeito-consciente*, de quem quer aprender a amar o irreversível; ou a do *sujeito-snob*, de quem dá valor ao tempo por causa do irrepitível — importante é perceber que a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo precisa da existência da *categoria de tutela jurisdicional de urgência*. Aqui não se apresenta outra solução para fazer parar o tempo ⁽¹²⁰⁾!

⁽¹²⁰⁾ Em vão seria experimentar a solução de E. SCHRÖDINGER, um físico austríaco muito apaixonado por mulheres, para quem fazer parar o tempo era simples, sendo suficiente um beijo sincero: «amai uma rapariga de todo o coração e beijai-a na boca: o tempo parará então e o espaço deixará de existir».

PARTE I

PROCESSO ADMINISTRATIVO TEMPORALMENTE JUSTO E URGÊNCIA: DA *CONSTITUCIONALIZAÇÃO* E DA *EUROPEIZAÇÃO* DO CONTENCIOSO URGENTE — UMA CULTURA JURÍDICA COMUM EM TORNO DA URGÊNCIA E DA CATEGORIA

PROPOSIÇÃO

CAPÍTULO I — O contencioso administrativo e as dimensões do tempo: a relação entre o tempo e o direito e a pressão desencadeada pelas *situações-de-urgência* — a justa medida de *la durée* do processo

CAPÍTULO II — O direito à tutela jurisdicional efectiva e a garantia do prazo razoável: o processo temporalmente justo — a cultura jurídica comum europeia da tutela de urgência como linha orientadora de *temperamento*

CAPÍTULO III — O processo administrativo como centro de uma tensão entre «*la durée*» e a urgência — os processos urgentes e o papel do *sujeito-jurisdicional* no tratamento prioritário das *situações-de-urgência*

BALANÇO

PROPOSIÇÃO

À semelhança de um coro de estudiosos do *tempo*, que invocam a secular proposição *agostiniana* para se protegerem perante a complexidade do tema ⁽¹²¹⁾, também nós o fazemos: «o que é, pois, o tempo? Quem o poderá explicar facilmente e com brevidade? Quem poderá apreendê-lo, mesmo com o pensamento, para proferir uma palavra acerca dele? Que realidade mais familiar e conhecida do que o tempo evocamos na nossa conversação? E quando falamos dele, sem dúvida compreendemos, e também compreendemos quando ouvimos alguém falar dele. O que é, pois, o tempo? Se ninguém mo pergunta, sei o que é; mas se quero explicá-lo a quem mo pergunta, não sei: no entanto, digo com segurança que sei que, se nada passasse, não existiria o tempo passado, e se nada adviesse, não existiria o tempo futuro, e, se nada existisse, não existiria o tempo presente» ⁽¹²²⁾.

Enfim, o tempo não se define ⁽¹²³⁾. E medir a sua duração também não é algo que se apresente como susceptível de realizar de acordo com uma unidade de medida de agrado universal. Entre nós, FERNANDO PESSOA confessou em *O livro do Desassossego*: «não sei o que é o tempo. Não sei qual a sua verdadeira medida, se é que a possuí. A dos relógios, sei que é falsa. Divide o tempo espacialmente, de fora. A das emoções, sei que é falsa: não divide o tempo, mas a sensação do tempo». Parece ser, pois, impossível medir o *continuum* de acordo com um só critério. Com efeito, o «tempo *especializado*» — o «tempo medido», o «tempo cronológico», o «tempo convencional», o «tempo calendarizado», o tempo da ampulheta ou «o tempo do nosso relógio de bolso» — parece ser universal. Mas corresponderá ele ao «tempo real» ou

⁽¹²¹⁾ No mesmo sentido, J. FABIAN, *Time and the Other*, New York, 1983, p. X.

⁽¹²²⁾ SANTO AGOSTINHO, *Confissões*, Livro XI, capítulo XIII, tradução de A. do Espírito Santo/J. Beato/M. C. de C.-M. de Sousa Pimentel, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2001, p. 298.

⁽¹²³⁾ SANTO AGOSTINHO, *Confissões...*, cit., pp. 299 e 300.

la durée (124)? Na verdade, como medir quanto tempo realmente passa enquanto se está à espera de algo bom ou de algo mau, já que «os momentos da duração real não são estáticos, nem se conservam para poderem ser comparáveis e medíveis»? «Para medir o tempo é preciso pará-lo» — como ensina BERGSON (125) —, mas isso não será possível senão seguindo a lógica do tempo psicológico. Na realidade, ao contrário do tempo físico, que flui sempre de forma uniforme, parece existir um tempo da consciência que é radicalmente diferente daquele que indicam os relógios, podendo variar conforme as circunstâncias, dando a impressão de estagnar ou pelo contrário acelerar (126). Na nossa consciência, o presente reveste-se de uma remanescência do instante precedente e de uma antecipação do momento seguinte. Neste contexto, como se poderá contabilizar o tempo de espera de uma sentença que decidirá sobre um direito de alguém ou como se poderá apurar se a duração de certo processo que correu termos nos tribunais administrativos excedeu ou não a duração razoável. Cumpre, pois, perceber que as questões que normalmente se colocam em torno do tempo ganham particularidades no contexto do universo jurídico.

Com efeito, o tempo não é apenas um objecto caro ao pensamento dos filósofos, nem é apenas algo sobre o qual os sociólogos e cientistas meditam. O tempo tem uma dimensão eminentemente social e jurídica. E o tempo jurídico revela-se em diversas dimensões, tanto cronológicas como de normatividade. Aliás, no contexto da comunidade politicamente organizada segundo os artigos 2.º e 111.º da CRP, é interessante verificar como cada *sujeito-estadual experientia* e vive o tempo. Este apresenta-se tridimensional e cada um dos sujeitos que exercem os três diferentes e separados (ainda que interdependentes) poderes estaduais têm uma diversa relação com o tempo. O *sujeito-(executivo)-administrativo* vive fundamentalmente no presente. O *sujeito-legislativo* habita e domina primordialmente o futuro. E o *sujeito-jurisdicional*, não obstante projectar a sua actuação para o futuro, vive predominantemente a partir do

(124) Sobre este conceito, para uma síntese, P. CHACON FUERTES, *Bergson o el tiempo del espíritu*, editorial Cincel, Madrid, 1988, pp. 54 ss.

(125) Neste sentido, P. CHACON FUERTES, *Bergson...*, cit., p. 62.

(126) Na verdade, como ensina E. KLEIN (*O tempo — De Galileu a Einstein*, tradução da obra *Les tactiques de Chronos* (éditions Flammarion), de Eduardo dos Santos, Caleidoscópio, 2007, pp. 133 ss.), tempo físico e tempo psicológico também se distinguem pelas maneiras de apresentar o presente: o presente do tempo físico tem uma duração nula, concentra-se num ponto, que é precisamente o instante presente, que separa dois infinitos, o do passado e o do futuro. O tempo psicológico, por sua vez, mistura dentro do próprio presente um pouco do passado recente e um pouco do futuro próximo, criando uma certa duração ao unificar o que o tempo físico não pára de separar, retendo provisoriamente o que ele transporta, incluindo o que ele exclui.

passado ⁽¹²⁷⁾. Cumpre notar, contudo, que o tempo é um elemento integrante da actuação dos diversos *poderes-estaduais*, do legislativo, do executivo-administrativo e do jurisdicional, sendo que se revela como condicionante da actuação do *sujeito-jurisdicional*. E, assim, revelando-se o tempo presente como uma dimensão de tempo assaz instantânea, incompatível com a protecção de certas situações carentes de tutela jurisdicional, cumpre perceber a *função excepcional* que a Lei Fundamental e o *ius commune europeu* vêm atribuir a um *sujeito-jurisdicional-especial*. Assim, autorizado a agir a contra-tempo e legitimado a antecipar-se no tempo, o *sujeito-jurisdicional-especial* vem colocar-se na dimensão do presente — de um presente que é simultaneamente passado muito recente e futuro muito próximo — e vem realizar a protecção das pretensões jurídicas que só existem nessa mesma dimensão do presente, as *pretensões-jurídicas-urgentes*, assegurando assim a tutela jurisdicional efectiva do direito administrativo substantivo (incluindo o direito constitucional e europeu).

A função excepcional deste especial *juiz-da-urgência* só se compreende bem no contexto de uma sociedade que passa por um processo de transformação séria também ao nível cultural, *id est*, de uma comunidade que radicaliza a sua relação com o tempo, em termos que «a preferência pelo presente surge à custa da desvalorização do futuro» ⁽¹²⁸⁾. Na verdade, muito mais do que um problema de «aceleração do tempo», a sociedade tecnológica endeusa o presente e reina absolutamente nele, e, um pouco à semelhança de Chronos, corta os seus laços com o futuro. Aliás, neste tipo de sociedade «apagam-se as distâncias cortantes entre presente, passado e o futuro — o presente é simultaneamente passado e futuro. No campo do direito, isto revela-se de diferentes modos, nomeadamente na tensão entre tempo e temporalidade jurídica. «A relação que intercede entre tempo, a temporalidade e o direito, revela-se ainda na *instantanização* da comunicação e dos efeitos jurídicos, esbatendo-se mesmo as distâncias temporais e espaciais» ⁽¹²⁹⁾. Aliás, a impossibilidade de o *sujeito-*

⁽¹²⁷⁾ Esta é, de facto, uma das temáticas do estudo desenvolvido por G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., pp. 10 a 68).

⁽¹²⁸⁾ Neste sentido, Z. LAÏD («l'Urgence...», cit., p. 8) escreve o seguinte a propósito da urgência: «Elle ne saurait non plus s'expliquer par une «accélération du temps», indiscutable, mais toujours relative. Il faut donc essayer de pousser le raisonnement en peu plus loin et se demander si l'urgence n'exprimerait pas une mutation culturelle où la préférence pour le présent se traduirait par une dévalorisation de l'avenir. Si cette hypothèse était la bonne, il faudrait alors penser l'urgence non comme une «dérive» découlant d'une maîtrise insatisfaisante des technologies pas de notre capacité à penser les problèmes sur long terme, mais peut-être comme une mutation culturelle de première grandeur».

⁽¹²⁹⁾ Neste sentido, L. F. COLAÇO ANTUNES, «A reforma do contencioso administrativo. O último ano em Marienbad», in: *O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI. Algumas questões*, Coimbra, 2001, pp. 119 e 120.

-legislativo tipificar à partida o tipo de *pretensões-jurídicas-de-urgência* a tutelar prioritariamente prende-se com incapacidade de previsão da própria *situação-de-urgência*. E a atipicidade de tais *pretensões-jurídicas-urgentes* acentua-se numa sociedade de risco, mormente quando se entra numa *terceira fase da sua história* e o risco se assume com um outro rosto e uma outra escala, contornando os tradicionais instrumentos de prevenção. Esta fase é a do risco enorme — «catastrófico», irreversível, pouco previsível — que frustra a capacidade de prevenção e de domínio do homem. E, no contexto desta «incerteza ao quadrado»⁽¹³⁰⁾, uma incerteza que resulta como efeito secundário e derivado da acção e da opção técnica dos homens, como afirmam LUHMANN e BECK, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* tem, pois, um papel relevantíssimo na interpretação das normas de acordo com os princípios da prevenção, precaução e proporcionalidade, tanto mais quanto se sabe que estes «efeitos desconhecidos e inesperados», que decorrem das opções técnicas, passaram a ser na sociedade de risco «a força dominante».

E há domínios do direito público e do contencioso administrativo (como o do contencioso ambiental) que exigem novos tópicos inspiradores, tópicos que atendem ao tempo justo ou à duração justa dos procedimentos⁽¹³¹⁾ e das garantias e que impõem a consideração da *situação-de-urgência*. É neste domínio que a tensão entre *la durée* processual e a urgência ganha novo fôlego, mormente porque as novas técnicas processuais são chamadas para concretizar nesses domínios o direito ao processo efectivo e temporalmente justo. E o processo administrativo, como realidade temporal, que sofre os efeitos do tempo e que se transforma no tempo, foi-se adaptando e evoluindo pelo tempo, tendo a jurisprudência administrativa dinamizado tal transformação, no sentido da realização do processo efectivo e temporalmente justo (**Capítulo I**).

Com efeito, o *ius commune* europeu e a Lei Fundamental consagram o direito ao processo efectivo e temporalmente justo e este significa que a duração do processo não pode anular a efectividade da tutela jurisdicional, mormente quando o pleno exercício do poder jurisdicional depende ou está condicionado à actuação na dimensão do tempo presente. O direito ao processo efectivo e temporalmente justo integra o direito processual administrativo europeu

⁽¹³⁰⁾ N. LUHMANN, *Risk: a Sociological theory*, Berlin, 1993, p. 25, e U. BECK, *Risk Society. Towards a new modernity*, Londres, 1992, p. 20.

⁽¹³¹⁾ A este propósito, J. J. GOMES CANOTILHO («Constituição e “tempo ambiental”», CEDOUA (ano II, 2/2) 1999, pp. 9-14) fala-nos do problema da aceleração e do ritmo dos procedimentos e processos com relevância ambiental e da problemática em torno da temporalidade certa desses procedimentos. A propósito das garantias, o autor mostra-se favorável à introdução de meios alternativos de negociação e mediação no domínio ambiental, de modo a obstar o recurso aos tribunais.

e, tal como têm vindo a esclarecer o TEDH e o TJCE, há mais de duas dezena de anos, deles decorre para os cidadãos o direito de obterem a decisão de urgência, cautelar ou de mérito, conservatória ou de intimação para prestação, que se mostre adequada para realizar a defesa de direitos subjectivos que lhes são atribuídos pelo direito europeu. E, designadamente, é assim que deve passar a entender-se o artigo 13.º da CEDH e é assim que deve passar a ser tido em conta o princípio da efectividade da ordem jurídica comunitária.

Compreende-se, pois, que neste contexto, sob a influência do Direito Europeu e sob o dinamismo interpretativo do TEDH e da TJCE, os sistemas nacionais venham sendo reformados. E também neste momento, e, portanto, ultrapassando agora o fenómeno da influência da jurisprudência europeia na jurisprudência nacional, se presente a europeização do direito processual administrativo. Na verdade, a convergência a que se assiste em matéria de tutela de urgência, após as diversas reformas operadas nos códigos de processo administrativo, são disso prova. Não é fruto do mero acaso que as reformas introduzidas recentemente nos Códigos de Processo Administrativo, em Espanha (1998), em França (2000), na Itália (2000) e em Portugal (2002/2003), todas apresentem como denominador comum a introdução de idênticas técnicas processuais para tutelar as situações de urgência. E tal é, sem dúvida alguma, um exemplo (um dos melhores exemplos, aliás,) da *europeização* do direito processual administrativo⁽¹³²⁾. Uma europeização que não se mantém somente neste nível. Este fenómeno alarga-se à própria consideração metodológica de medição da razoabilidade da duração do processo e alarga-se também aos momentos de concretizar os remédios e as garantias (sobretudo) de matriz ressarcitória (em caso de violação) do direito ao processo efectivo e temporalmente justo. E é também neste contexto que se assiste à convergência tanto dos mecanismos nacionais que concretizam «o direito ao recurso efectivo, previsto no artigo 13.º da CEDH, como dos regimes jurídicos nacionais de reparação dos danos decorrentes da violação do prazo razoável. E neste particular domínio, a incidência acontece tanto sobre o juiz-administrativo nacional como sobre o legislador nacional (**Capítulo II**).

Enfim, daqui resulta que a compreensão do direito ao processo efectivo e temporalmente justo pressupõe uma leitura conforme com os princípios her-

(132) Neste sentido, vd. K.-P. SOMMERMANN, «Européanisation et transformation de la justice administrative en Europe», in: *What's New in European Administrative Law?*, Sous la direction de J. ZILLER, EUI Working Paper LAW n.º 2005/10, Transcription of the statements and discussions of the round table held at the EUI on 10 December 2004, European University Institute, Florence, Department of Law, pp. 19 ss.

menêuticos de matriz europeia. Aliás, de entre estes princípios, há um que se destaca e é verdadeiramente um clássico: «*il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire*». E, no sentido chiovendiano, tal significa que o processo deve satisfazer as pretensões substantivas, não podendo a sua duração impedir esse propósito. Na verdade, a duração do processo é, só por si, um elemento aferidor da efectividade processual, determinando-a directa e indirectamente. A adequada duração do processo é condição imediata da satisfação através do processo que o sistema processual promete realizar. E, por isso, como apontámos, encontrar a justa medida do processo é, hoje, um desafio renovado ⁽¹³³⁾, sendo que esse desafio é ainda maior no que concerne à escolha de soluções adequadas para enfrentar a *urgência processual* no contencioso administrativo. E é assim porque há *pretensões-jurídicas-urgentes* que exigem uma realização jurisdicional na dimensão do tempo em que apenas existem e se apresentam ao poder jurisdicional. A *situação-de-urgência* condiciona subjectiva e objectivamente o direito ao processo efectivo.

A consagração do direito ao processo efectivo e temporalmente justo pressupõe a existência de processos urgentes e de processos urgentes acessórios, no âmbito dos quais são concretizados instrumentos de sumariedade, de acessoriedade-instrumentalidade e de provisoriedade. E assim é porque o sistema jurisdicional não pode apenas oferecer os mecanismos comuns, nem pode centrar a administração da justiça apenas no *sujeito-jurisdicional-ordinário*, já que aqueles são insuficientes e este, sendo um *sujeito-do-passado*, é incapaz de chegar a tempo de atender às *pretensões-jurídicas-de-existência-presente*. Assim, investido em poderes especiais, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* está autorizado a ponderar os interesses, eminentemente de natureza actual, de duas entidades que vivem *asincronicamente* no presente, procurando, em cada caso, evitar que, a partir do processo, se produza a perda irreversível de um dos interesses do *sujeito-(executivo)-administrativo* ou uma das *pretensões-jurídicas* dos *sujeitos-partes-no-processo*, desequilibrando o trinómio dos poderes-estaduais. E, assim, procurando, em cada caso, repartir, proporcionalmente, o risco decorrente da impossibilidade humana de tutelar jurisdicionalmente em simultâneo e no presente ambos os interesses, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* está legitimado a abrir mão de alguns dos interesses em jogo. Assim, uma leitura

⁽¹³³⁾ Sobre este tema, há um texto colectivo muito interessante que cumpre consultar: *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque organisé le 5 décembre 1995, sous la direction de J.-M. COULON/M.-A. FRISON-ROCHE, Paris, 1996.

comparada das leis processuais administrativas francesa e alemã demonstra que, no contexto dos processos acessórios urgentes, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência*, que realiza a ponte entre o passado e o futuro, deve realizar um exame sumário sobre o direito material que rege as diferentes pretensões e interesses, podendo criar, com um menor probabilidade de erro, uma situação de facto consumado em detrimento do *sujeito-parte-no-processo* que demonstrou em juízo possuir uma menor probabilidade de vir a vencer no processo principal (**Capítulo III**).

CAPÍTULO I

O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E AS DIMENSÕES DO TEMPO: A RELAÇÃO ENTRE O TEMPO E O DIREITO E A PRESSÃO DESENCADEADA PELAS *SITUAÇÕES-DE-URGÊNCIA* — A JUSTA MEDIDA DA *LA DURÉE* DO PROCESSO

Razão de ordem: 0. Introdução. § 1. O tempo e o universo jurídico. § 2. A urgência e o universo jurídico. § 3. O processo administrativo como uma realidade temporal

INTRODUÇÃO

«Um menino que brinca com os dados», um dado da natureza, um fenómeno físico e separado dos homens, um elemento psicológico e reduzido ao sujeito ou algo diferente disso, «uma categoria apriorística» ou elemento «onto-antropológico», o tempo é ainda um objecto multifacetado de estudo. Contudo, o tempo não é apenas um objecto caro ao pensamento dos filósofos, nem é apenas algo sobre o qual meditam os sociólogos, os cientistas, os escritores e os homens em geral. O tempo tem uma dimensão eminentemente social e, sendo o direito um fenómeno social, ele tem também uma dimensão jurídica. Aliás, no contexto do direito (e do direito processual, em especial) poderíamos até dizer que, não obstante o tempo e o processo serem termos inconciliáveis, nenhum deles se realiza sem o outro.

O tempo, noção cara a filósofos e a sociólogos, também se integra na realidade dos interesses mundanos e na sociedade. E esta caracteriza-se pela aceleração do tempo e pela crise de referências. Da sociedade agrícola, à sociedade industrial, vive-se, hoje, a sociedade da Internet. O tempo foi, pois, reduzido ao instante. E a sociedade da instantaneidade e da opinião reduziu o processo a um bem de consumo e a jurisdição a um hipermercado judiciário. Cada actor no processo tem, no entanto, a sua própria percepção do tempo.

E o processo tem o seu próprio ritmo. Uma visão social do tempo jurídico impõe uma visão cronológica: um segmento linear da sociedade e da actividade dos sujeitos, tanto tendo por referência os *sujeitos-de-poderes-estaduais* como da dos *sujeitos-particulares*. Esta visão simplificada é familiar aos juristas que estão habituados a contar prazos e a medir o tempo pelo calendário. A continuidade corresponde a um postulado da dogmática jurídica e esta atitude é reforçada pelo percurso intelectual clássico: o direito resultava normalmente do tempo abstracto e uniforme ao qual se refere o homem comum, na sua via quotidiana. Este tempo quantificável, medível, *espacializável* — oposto à «la durée» de BERGSON — é o tempo sucessivo, homogéneo e irreversível, «une sorte de tension variable sur une trame sans coupure» (134). Contudo, o tempo tem também de ser visto a partir de uma perspectiva qualitativa (§ 1.).

É a perspectiva qualitativa da apreciação do tempo jurídico que dá relevância à *situação-de-urgência* e é ela que alerta para a necessidade da consagração da tutela jurisdicional de urgência. E assim é na sociedade do risco, naquela que se coloca a si própria em perigo e onde as *pretensões-urgentes* ganham maior vastidão e incerteza. Na verdade, basta pensar nos riscos para a saúde pública que resultam das transfusões de sangue contaminado, do risco alimentar provocado pela doença das vacas loucas, dos riscos ambientais provocados pelas centrais nucleares, pelo aquecimento climático e pela destruição da camada do ozono. E no centro das preocupações reinstala-se o medo, um medo que se alastra ao momento jurisdicional. Na sociedade de risco, o risco mudou de natureza e de escala, demasiado generalizado (risco social e planetário) e por isso não segurável, demasiado grande (risco tecnológico) e, por isso, incalculável e «desconhecido» (135). O risco actual, da sociedade *multi-risco*, é, pois, global, *transgeracional* e não identificado — na medida em que a sua definição é ela própria dependente do estado da técnica e dos conhecimentos científicos e das opções políticas e jurídicas, dentro daquilo que se pode considerar como risco aceitável e inaceitável. Invocando a síntese de F. OST: «este risco é, pois, duplamente reflexivo: produto das nossas opções tecnológicas, é também fruto dos nossos modelos científicos e dos nossos juízos normativos». Se assim é, também o legislador do direito processual tem que escolher (136) (§ 2.).

(134) Neste sentido, F. TERRÉ, «Observations générales», *Le temps dans la procédure...*, cit., p. 72.

(135) CARLA AMADO GOMES, «Le risque, cet inconnu...», Separata da RFDUL (Vol. XLIII, n.º 1), 2002, pp. 283 ss. Sobre este tema, vd., *amplius*, da autora, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007.

(136) F. EWALD, «Philosophie de la précaution...», cit., p. 402.

O direito processual administrativo tem de atender às *pretensões-jurídicas* que só têm existência na dimensão do presente. É certo que o juiz administrativo nem sempre soube adaptar o ritmo do processo ao ritmo dos *sujeitos-partes-no-processo*. Com efeito, nos quadros da lei processual administrativa anterior, o processo padecia de algumas insuficiências que o impediam de responder a tempo. O domínio ambiental revelou défice de mecanismos de tutela temporalmente adequada, por exemplo, e o contencioso regulamentar esteve absolutamente situado fora do tempo. Contudo, o processo administrativo é também ele uma realidade temporal, que tem sofrido as alterações do tempo e que se tem modificado com o (e pelo) tempo. Sujeito a enormes pressões, algumas desencadeadas de fora para dentro e outras co-naturais ao sistema, o legislador ordinário encetou uma operação de *temporalização* da lei processual administrativa, tendo introduzido instrumentos de sincronização dos tempos naturalmente *a-sincrónicos* dos *sujeitos-no-processo* (§ 3.).

§ 1. O TEMPO E O UNIVERSO JURÍDICO

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. O tempo. 2. O tempo e o direito. 3. O tempo e a perspectiva tridimensional do exercício de poderes estaduais

0. Introdução

Antes de Galileu, o tempo era pensado na sua relação com as actividades do quotidiano. Servia essencialmente aos homens como meio de orientação no universo social e como meio de regulação da sua co-existência, em conformidade com o curso global dos acontecimentos terrestres. A descoberta da lei da queda dos corpos por Galileu, arredondadamente há cerca de quatro séculos, abriu as portas da física ao tempo, transformando a representação que dele os homens faziam. Contrariando a teoria de Aristóteles, Galileu descobriu que se o tempo, em vez de espaço percorrido, fosse escolhido como variável, então a queda dos corpos no vazio obedeceria a uma lei extremamente simples: a velocidade adquirida é proporcional à duração da queda, independentemente da massa e da natureza dos corpos, provando, então, que um quilo de chumbo cai exactamente como uma pena.

Desde que Galileu *domesticou* o tempo, dele fazendo uma variável matemática, os físicos não cessam de *dizer o tempo*, sobretudo no século XX: *relatividade restrita de Einstein*, física quântica, relatividade geral, descoberta das forças nucleares, descoberta da expansão do universo... Enfim, todas estas novas visões vêm questionar a concepção precedente do tempo. Aliás, os físicos modernos *brincam* com o tempo, como escreve KLEIN, *inebriam-se*

com recentes descobertas da física das partículas e da cosmologia e formulam hipóteses audaciosas, como a da sua descontinuidade ou da sua pluralidade, por exemplo. Mas é assim que ela vai avançando respostas para as perguntas que normalmente se fazem. Como se colocou o tempo em marcha? Qual é a sua verdadeira relação com as coisas? Existirá ele independentemente do que acontece, do que se transforma, envelhece ou morre? Os famosos «buracos de verme» são espaços que permitem viajar no tempo? Como pode a «teoria das supercordas» perturbar a nossa representação do espaço e do tempo?

Ora, o tempo *matematizado* dos físicos, que é a única verdade aos seus olhos, tem muito pouco a ver com a ideia comum do tempo. Daí pensar-se que o *tempo passa o tempo a enganar-nos* e a iludir-nos ou nós passamos o tempo a confundi-lo com as nossas percepções dos fenómenos que ele contém. Mas o que flui no tempo não é a mesma coisa que o tempo em si. É certo que a experiência comum parece bastar para nunca se duvidar da sua existência. Afinal é uma evidência familiar: uma folha cai, uma criança nasce e os cabelos ficam brancos. E o tempo não se exhibe já tão simplesmente nos mostradores dos nossos relógios? E não é afinal na «presentificação do ponteiro que avança — como dizia HEIDEGGER, em *O ser e o tempo* — que o tempo se dá a ver de maneira mais límpida? Um relógio dá as horas, está-se bem a ver. Aliás, passa mesmo o tempo a não fazer mais nada senão apenas isso, como escreve KLEIN ⁽¹³⁷⁾, mas, na verdade não mostra mais nada daquilo que o tempo é (I).

É do interior que tempo e direito mutuamente se trabalham (e condicionam). O direito afecta directamente a *temporalização* do tempo e o tempo determina a eficácia do direito. O tempo é, aliás, uma das principais apostas da capacidade instituinte do direito. Identificamos normalmente o jurídico com «o tempo longo», não obstante também o associarmos ao instantâneo. Na verdade, basta pensar na relação obrigatória que o direito possui com a vida social e basta pensar na necessidade que o direito tem de se acelerar para acompanhar o ritmo do social acelerado. Assim, se é verdade que, em certos institutos jurídicos a dimensão temporal assume um particular relevo também é verdade que em certos momentos do tempo, certos institutos podem assumir uma fundamental relevância. Pense-se nas providências cautelares, por exemplo. Como escreve MARIA DA GLÓRIA, «as providências cautelares são moldadas no ordenamento jurídico precisamente porque se entende que o tempo é elemento fundamental do justo». E seguindo a mesma autora, que, parafraseando J. SANTAMARIA PASTOR, afirma que «se é certa, e é-o, a frase a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça, ela é particularmente exacta

(137) Neste sentido, E. KLEIN, *O tempo...*, cit., pp. 13 ss.

no processo contencioso», sendo certo que hoje tais palavras «soam de um modo ainda mais pesado». Na realidade, continuando a mesma ideia, o «*periculum in mora* de que os Romanos falavam e que recorta a figura das providências cautelares adquire hoje um relevo inusitado por força do encurtamento do tempo e da sua repercussão sobre a ideia de perigo» (138). Na realidade, apesar de e medida do tempo não se ter alterado, não há dúvida de que o tempo se encurtou e os efeitos de demora sobre os bens se acentuou, fomentando insegurança. Se pensarmos no direito, não se pode negar que vai longe a temporalidade lenta (2.).

Aliás, olhando para o tempo a partir de uma diferente perspectiva, e tendo em conta que o tempo jurídico se revela em diversas dimensões, tanto cronológicas como de normatividade, importa reflectir sobre o modo como ele se relaciona com aquilo que está submetido ao direito e designadamente com os poderes do Estado. Ora, o tempo tende a exercer uma hegemonia diversa sobre os sujeitos que exercem os poderes estaduais. O *sujeito-(executivo)-administrativo* vive fundamentalmente no presente. O *sujeito-legislativo* habita o futuro. E o *sujeito-jurisdiccional*, não obstante projectar a sua actuação para o futuro, vive predominantemente no passado. Cumpre notar, contudo, que o tempo é um elemento integrante da actuação dos diversos *poderes-estaduais*, do legislativo, do executivo-administrativo e do jurisdiccional, sendo que se revela como condicionante da equilibrada e interdependente separação de poderes, uma vez que a perda de eficácia do exercício de um dos poderes estaduais pode anular a harmonia da relação tripartida dos *poderes-estaduais* (3.).

1. O tempo

Mesmo quem não queira meditar profundamente sobre a sua natureza percebe que o tempo se nos apresenta como um «dado irrenunciável» (139) — um dado irrenunciável tanto para o mais simplório dos actos humanos como para a própria compreensão do direito. Contudo, os traços deste «dado» não se revelam uniformes, variando os seus contornos em função das perspectivas de visão e de reflexão. Enfim, o tempo é mais facilmente compreendido se o remetermos para o universo da mitologia. A mitologia grega explica o tempo através de *Chronos*, o Deus supremo do presente, que, que-

(138) MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «Os procedimentos cautelares...», cit., pp. 198 e 199.

(139) Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «O Direito Penal e o tempo. (Algumas Reflexões Dentro do Nosso Tempo e em Redor da Prescrição)», BFDUC (Volume Comemorativo), 2003, p. 1140.

rendo reinar num *continuum* sem limite, mata o passado e aniquila o futuro. Obrigado por Zeus, seu único filho, a regurgitar o futuro, surge o presente e fica assim restabelecido o movimento do tempo, nas dimensões do futuro, presente e passado. Pois bem, numa visão menos próxima do mito e do relato das proezas dos Deuses susceptível de fornecer explicação do real e das facetas do comportamento humano, *Chronos* e *Kairos* podem representar respectivamente duas concepções do tempo: «a visão homogénea e lisa do tempo (...) votada à repetição do mesmo», e a «concepção do tempo infinitamente mais lábil e inventiva: o tempo (...) do descontínuo e do aleatório (...) das suspensões e dos intervalos; o tal instante propício que [interrompe] a continuidade cronológica» (140). Ora, é precisamente na faceta de *Kairos* que surge o «instante propício» ou «justa medida ou expressão do bem em matéria de tempo» (141).

Enfim, todos compreendemos que o nosso quotidiano se rege por uma aproximação a uma noção do tempo, do tempo cronológico, «escandida entre o ontem, o hoje e o amanhã». Captamos o tempo através de unidades de medida. Sabemos que a segunda-feira antecede a terça-feira e que até que chegue o fim-de-semana ainda falta viver a quarta-feira e a quinta-feira. Sabemos que o dia 3 de um certo mês de um certo ano chega depois do dia 2 desse mês e desse ano e que este foi precedido pelo dia 1 desse mesmo mês e desse mesmo ano. Ora, este modo de metrificar o próprio tempo e de o domesticar é um instrumento útil à prossecução da vida em sociedade. Nós habitamos o tempo. Contudo, para além da noção de tempo de calendário também se possui uma sensação do tempo. Aliás, dessa hiper-subjectivação do tempo falou-nos Santo agostinho há muitos séculos, demonstrando uma preocupação eminentemente psicológica. E dela nos fala a personagem principal do livro de Thomas Mann. Com efeito, em «Der Zauberberg», ouvimos Hans falar do tempo, e de como «ninguém sabe qual é a sua verdadeira extensão»: «ele é longo, quando nos parece longo, e é curto, quando nos parece curto». Afinal, para que o tempo fosse mensurável seria necessário que ele decorresse de modo uniforme. E na nossa consciência isso nunca acontece. Assim ficou Hans, ali, apaixonado, junto à montanha mágica, vivendo sete anos e sentindo tudo como se tivessem apenas passado sete dias.

Contudo, a compreensão do tempo na perspectiva da temporalidade, enquanto expressão histórica da nossa vivência com os outros, no tempo e pelo tempo, exige mais do que uma consideração que reduz o tempo a um sim-

(140) Neste sentido, F. OST, *O Tempo do Direito*, trad. de Maria Fernanda Oliveira, Instituto Piaget, Lisboa, 2001, p. 34.

(141) Segundo a perspectiva aristotélica, *apud* F. OST, *O Tempo...*, cit., p. 34.

ples objecto ou a uma categoria apriorística, enquanto pura condição formal da intuição do mundo sensível. Enfim, o tempo apresenta-se-nos como um dado da natureza, um fenómeno físico e separado dos homens, um elemento psicológico e reduzido ao sujeito ou um objecto ou algo diferente disso: «uma categoria apriorística», como queria KANT, enquanto «forma pura da intuição sensível» (142). De facto, para este autor, o espaço e o tempo são formas *a priori* da sensibilidade ou maneira que o sujeito tem de organizar as percepções, são quadros ou condições prévias para formação das percepções» (143).

O tempo físico ou tempo cosmológico, enquanto algo homogéneo e infinito, já foi significativamente realçado. De resto, o tempo físico tem a seu favor a evidência: a do movimento dos astros no céu e a dos ritmos biológicos dos nossos corpos, sugerindo a imagem de um tempo exterior e homogéneo, um dado englobante no seio do qual estaríamos. O tempo é movimento. Desse tempo físico, linear e mensurável, contínuo e quantificável ARISTÓTELES dizia que ele é «o número do movimento, conforme o antes e o depois». Enfim, o tempo apresenta-se-nos, de facto, como fenómeno físico (144) e como mero objecto. E, neste sentido, o tempo representa uma realidade objectiva, tão visível no decurso das estrelas, na passagem do dia à noite ou no envelhecimento dos seres vivos. O tempo como entidade ou meio homogéneo e infinito é, de facto, o tempo cosmológico ou físico, realidade absoluta, onde têm lugar todos os fenómenos. É esta faceta do tempo, que tem estatuto semelhante ao espaço, que tem importância para LEIBNIZ e para NEWTON. A esta concepção do tempo quantitativo se opuseram, ainda que de diferentes modos, BERGSON e EINSTEIN (145). Este, partindo de uma análise rigorosa do significado das medições de tempo e espaço, apercebeu-se que estas não são absolutas, uma vez que dependem do referencial em que são efectuadas. O tempo torna-se assim

(142) O tempo, a par do espaço, é uma forma *a priori*, isto é um quadro universal e necessário, através do qual o espírito humano apreende o mundo. A percepção só é possível no quadro espaço-temporal, dado que o objecto só nos pode afectar quando situado. Fora deste quadro não podemos conhecer nenhum objecto. E. KANT, *Critique de la Raison Pure*, Paris, PUF, 1967, pp. 55 a 63.

(143) E só por seu intermédio podemos organizar as impressões sensíveis e transformá-las em objecto de conhecimento. O espaço é a forma do sentido externo e o tempo é a forma do sentido interno. Para KANT, «o tempo é uma representação necessária que serve de fundamento a todas as intuições. (...) O tempo é, pois, dado *a priori*. Apenas nele é possível toda a realidade dos fenómenos. Estes podem muito bem desaparecer todos juntos, mas o próprio tempo (como condição geral da sua possibilidade) não pode ser suprimido. (...), o tempo não é um conceito discursivo, ou como se diz, um conceito geral, mas uma forma pura da intuição sensível». E. KANT, *Critique...*, cit., pp. 55 a 63.

(144) A este propósito, vd. J.-P. AUFRAY, *O Espaço-Tempo*, Lisboa, 1998.

(145) Sobre este assunto, e para uma síntese, vd. J.-P. AUFRAY, *O Espaço-Tempo...*, cit.

um tempo relativo. E, conjuntamente, espaço e tempo passam a articular-se numa unidade denominada «espaço-tempo». Na verdade, como afirma S. HAWKING, «temos de aceitar que o tempo não é independente do espaço [, antes pelo contrário, o espaço] combina com ele para formarem um objecto chamado espaço-tempo». E, não sendo absoluto, cada indivíduo tem a medida do tempo, que, segundo HAWKING, «depende do local onde está e da maneira como está a mover-se», condicionando e sendo condicionado por outros acontecimentos ⁽¹⁴⁶⁾.

A compreensão do tempo surge igualmente numa dimensão «onto-anropológica». Na verdade, o rompimento com a concepção metafísica do tempo é cara a HEIDEGGER e surge na sua obra «*Sein und Zeit*»: este lança pela primeira vez uma compreensão do tempo e do ser, segundo a qual o ser só tem sentido no tempo e este só se densifica na existência de cada um de nós ⁽¹⁴⁷⁾. Como escreve FARIA COSTA, o tempo «é condição ontológica da nossa própria humanidade, confundindo-se, inevitavelmente, com ela, sendo ela própria» ⁽¹⁴⁸⁾. E, «do mesmo jeito, só nos podemos pensar, e por isso existimos, porque somos irrefutavelmente a nossa própria condição temporal». Assim, o tempo ou «a temporalidade» — ou melhor, nas palavras de FARIA COSTA, «a expressão da nossa vivência com o tempo, no nosso tempo e pelo tempo» — «são manifestações do nosso irrecusável modo-de-ser com o outro, historicamente determinado» ⁽¹⁴⁹⁾. Como escreveu BORGES — e a poesia relata bem a relação entre tempo e o ‘eu’ que é tempo —, «O tempo é a substância de que sou feito. O tempo é um rio que me leva com ele, mas eu sou o rio; é o tigre que me destrói, mas eu sou o tigre, é um fogo que me consome, mas eu sou o fogo» ⁽¹⁵⁰⁾. Invocando as palavras sintéticas de FARIA COSTA: «o tempo é o limite absoluto da humana condição de ser-com-os-outros, assumindo-se, assim, como barreira, limitação, constrição, escravatura mas, porque nele e por ele — e não em qualquer outro tempo — o ‘eu’ que é ‘nós’ é abertura e possibilidades infinitas, então, esse mesmo tempo, que é já temporalidade (...), é também e simultaneamente a condição primeira da nossa liberdade» ⁽¹⁵¹⁾.

Revisitando a dimensão subjectiva ou psicológica do tempo, cumpre perceber que este se experimenta individualmente. Na verdade, o tempo depende

⁽¹⁴⁶⁾ A este propósito, vd. S. HAWKING, *Breve história do tempo*, Lisboa, 2000, p. 47.

⁽¹⁴⁷⁾ F. DASTUR, *Heidegger e a questão do tempo*, trad. João Vaz, Instituto Piaget, Lisboa, 1997.

⁽¹⁴⁸⁾ Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «O Direito Penal e o tempo...», cit., p. 1142.

⁽¹⁴⁹⁾ Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «O Direito Penal e o tempo...», cit., p. 1140.

⁽¹⁵⁰⁾ J. L. BORGES, «Une nouvelle réfutation du temps», *Labyrinthes*, Paris, Gallimard, 1953 (vd. tb. in: *Otras inquisiciones*, Madrid, Alianza, 1981, p. 187).

⁽¹⁵¹⁾ Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «O Direito Penal e o tempo...», cit., p. 1143.

da experiência mais íntima da consciência individual, que pode viver um minuto de relógio, ora como tempo interminável, ora como puro instante fugaz. Aliás, o «tempo *especializado*» ⁽¹⁵²⁾ — ou «tempo medido», ou «tempo cronológico» ou «tempo convencional» — não revela a verdadeira dimensão do tempo, isto é do «tempo vivido», «do tempo real da nossa duração», já que «os momentos da duração real não são estáticos, nem se conservam para poderem ser comparáveis e medíveis». «Para medir o tempo é preciso pará-lo». Como medir e encontrar, então, «o tempo real» ou «duração» ⁽¹⁵³⁾? BERGSON respondeu que «[a] vida interior é um lugar e a experiência interna é o seu caminho» e que «[a] duração reside precisamente na conservação e renovação que a memória possibilita» ⁽¹⁵⁴⁾. Enfim, na perspectiva de «la durée» — ou «forma que toma a sucessão dos nossos estados de consciência quando o nosso eu se deixa viver, quando se abstém de estabelecer uma separação entre o estado presente e os estados anteriores» ⁽¹⁵⁵⁾, o tempo tem uma dimensão qualitativa. Nesta perspectiva *bergsonista* não será, talvez, possível medir com objectividade a duração do processo e nem tão-pouco, por exemplo, é possível valorar racional e universalmente o conceito «prazo razoável» ⁽¹⁵⁶⁾. Mas esta é uma dimensão do tempo que não pode ser deixada sem ser tida em conta. Enfim, «o tempo não é uma hora», escreve M. PROUST, «é um vaso cheio de perfumes, de sons, de projectos e de climas» ⁽¹⁵⁷⁾.

Mas, o tempo é também compreendido como fenómeno social. Na realidade, quer se viva o tempo numa perspectiva objectiva ou subjectiva, ele é também uma construção social: «questão de poder», «símbolo social» e «elemento co-natural das regras sociais». É, aliás neste contexto que N. ELIAS nos fala da utilidade do tempo calendarizado. Afinal, muito mais universal do que «o tempo abstracto» de BERGSON, «o tempo concreto» («le temps concret»), ou o tempo *especializado* ou o tempo calendarizado tem, ainda assim, uma eminente utilidade social, não obstante não passar de um tempo artificial, puramente

⁽¹⁵²⁾ Sobre este conceito, para uma síntese, vd. P. CHACON FUERTES, *Bergson...*, cit., pp. 54 ss.

⁽¹⁵³⁾ Sobre os conceitos de «temps spatialisé» e «la durée» de H. BERGSON, vd. *Durée et simultanément*, Quadrige, PUF, Paris, 1992; *L'évolution créatrice*, Quadrige, PUF, Paris, 1996; *Matière et mémoire*, Quadrige, PUF, Paris, 1997. Para uma síntese, vd. L. COIMBRA, *A Filosofia de Henri Bergson*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, esp. pp. 62 a 83.

⁽¹⁵⁴⁾ Neste sentido, P. CHACON FUERTES, *Bergson...*, cit., p. 62.

⁽¹⁵⁵⁾ Neste sentido, P. CHACON FUERTES, *Bergson...*, cit., p. 62.

⁽¹⁵⁶⁾ A este propósito, L. BAGOLINI (*Poesia e giustizia, Diritto e tempo*, Milano, 1998, pp. 105 ss.), partindo da concepção do tempo de Henri Bergson, conclui que, entre o passado, o presente e o futuro, o primado absoluto é do presente, pois através deste ocorre a passagem da medição do tempo à realidade qualitativa do tempo.

⁽¹⁵⁷⁾ M. PROUST, *Le Temps retrouvé*, Paris, Gallimard, 1949, p. 224.

convencionado e «ditador» ⁽¹⁵⁸⁾. E este tempo que surge da «identidade de estatuto entre tempo e espaço» ⁽¹⁵⁹⁾, já defendida (embora não exclusivamente) por EINSTEIN tem uma eminente perspectiva funcional e instrumental: o «tempo dos relógios», ou o tempo calendarizado, como defendeu N. ELIAS, no seu *An Essay on Time*, não é senão um «símbolo social» que os homens inventaram, e de que precisam. É «um símbolo que os homens podem e devem aprender como meio de orientação e regulação social»: desde que nascem até que morrem ⁽¹⁶⁰⁾. O tempo é uma realidade que se constrói. E, para ELIAS, o tempo não é senão um *símbolo social* que os homens inventaram para viver em sociedade ⁽¹⁶¹⁾. E, este autor, traz-nos a ideia de autodisciplina do tempo. De facto, sem o tempo, como pode alguém e uma sociedade orientar-se? O tempo cronológico ou tempo calendarizado, como função eminentemente social, tem não apenas raízes nas sociedades primitivas, como desempenha um papel central na Grécia antiga, na sociedade política ateniense, onde se recorria à areia e à ampulheta para medir a duração dos discursos dos políticos, como tem na actualidade ⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Neste sentido, F. ZARIFIAN, *Temps et Modernité*, L'Harmattan, 2001, Paris, Canada, Budapest, Torino, p. 176.

⁽¹⁵⁹⁾ Vd. J.-P. AUFRAY, *O Espaço-Tempo*, Instituto Piaget, Lisboa, 1998.

⁽¹⁶⁰⁾ Sobre estes conceitos, vd., fundamentalmente, N. ELIAS, *Du Temps*, Fayard, Paris, 1996 (tradução para o francês de M. Hulin). Ou na versão castelhana, vd. *Sobre el Tiempo*, Fondo de Cultura económica, México, Madrid, Buenos Aires, 1989 (tradução, a partir da versão alemã *Über die Zeit*, de G. Hirata).

⁽¹⁶¹⁾ De facto, ELIAS inaugura a tradição das medidas de tempo físico: o novo conceito de tempo físico e de leis da mecânica por via da qual é possível objectivar os fenómenos referentes à definição do tempo (movimento dos astros, horas, minutos e segundos), restabelecendo a análise *bergsoniana de temps spatialisé*, recuando na história até outros pensadores. Com efeito este, preferindo a relação entre o tempo e o movimento, aceita que o tempo seja a medida do movimento e o movimento do tempo, sendo que o movimento circular uniforme seria a melhor medida possível do tempo. Assim se pode comparar o fluxo dos acontecimentos e a sua duração, podendo alcançar-se o seu domínio e disciplina. Há uma relação de interdependência funcional entre as medidas de tempo e as medidas de duração do movimento. Eis a espacialização do tempo aplicada aos fenómenos sociais. Neste sentido, F. ZARIFIAN, *Temps...*, cit., p. 185.

⁽¹⁶²⁾ Vejamos um exemplo de como na sociedade actual o tempo calendarizado se constrói e domestica (citando uma notícia veiculada pelo *Le Monde*, 31 de Outubro de 1998, p. 1, *apud* F. OST, *O Tempo...*, cit., p. 13): há uns anos, o jornal *Le Monde* dava a novidade que N. HAECCK instalara na fachada da sede da sua empresa em *Bienne* uma marca que simbolizaria um «novo meridiano», que serviria de «referência universal para o tempo Internet». Retirando o protagonismo ao meridiano *Greenwich* e abandonando a hora, o minuto e os segundos, o patrão do grupo relojoeiro *Swatch* proporia um novo sistema de medida de tempo: *beats*. Um dia dividir-se-ia em 1000 *beats*, sendo que um *beat* equivaleria a 86,4 segundos. Assim informava o jornal da criação de uma nova concepção de relógio, que adoptaria um novo sistema de medida do tempo, embora o seu mostrador também indicasse a hora antiga. Ora, a notícia que relembra-

Há até quem afirme que o tempo abarca todo o fenómeno social, toda a actividade, porque não dizer, toda a forma de vida. «Um grande número de tensões sociais começa na captação económica do tempo humano» (163). É neste contexto que, ZARIFIAN, tendo diagnosticado que «a incerteza é o pior dos problemas da fase da história actual das sociedades capitalistas modernas, em que o tempo é tido como o símbolo social maior da estruturação das condutas, em condições em que prevalecem os canais de interdependências, cada vez mais fortes, e os acontecimentos cada vez mais instáveis, apela a um novo conceito de «devir». «*Devenir*», *rectius*, «d'avenir», que parte de uma concepção de sociedade caracterizada em dois sentidos: sentimento de descontinuidade em relação ao passado (tendência para fazer do passado tábua rasa, perda voluntária de memória e tentativa de se envolver no puro instante do presente: pensar que tudo deve ser considerado a partir do presente e no presente), e de *agonia* em relação ao futuro, traduzida na incapacidade manifesta de homens para se protegerem colectivamente em face do futuro: degradação das condições ecológicas sobre o planeta e o crescente fosso entre sociedades ricas e pobres) (164). É neste contexto que se impõe um novo conceito de *devir*, que parte do presente — «*car c'est en ce moment que nous devenons*» — e faz viver um novo conceito de *durée*: enquanto alternativa social ao simbolismo ultra-presente do «tempo espacializado» (o tempo que figura no uso de relógio e de calendários e que é o centro do entendimento do tempo humano) (165). Na verdade, a sociedade é estruturada em torno de

mos aqui é apenas um dos múltiplos exemplos que poderiam servir para demonstrar que o tempo se constrói socialmente, não obstante ser um fenómeno físico e psicológico, podendo, assim, ser também socialmente entendido e mensurável. É, aliás, neste quadro que se entende, a par de tantos outros exemplos, o papel do feiticeiro, que nas sociedades primitivas observava os movimentos dos astros e indicava à comunidade o «momento oportuno» para semear as colheitas e rezar aos deuses. É exactamente neste contexto que se percebe o significado da calendarização romana dos *dies fasti* ou o recurso à areia e à ampulheta para medir a duração dos discursos dos políticos na sociedade política ateniense, da Grécia antiga. E, de igual modo, é neste quadro que se entende a operação dos astrónomos do papa Gregório XIII, que em 1582 suprimiram onze dias do calendário. A vida em sociedade temporaliza-se e o tempo habita-se. Podemos «perder», «ganhar», «dar», «matar» e «habitar», em suma, o tempo.

(163) F. ZARIFIAN, *Temps...*, cit., p. 7.

(164) Neste sentido, F. ZARIFIAN, *Temps...*, cit., pp. 14 e 15.

(165) Neste sentido, F. ZARIFIAN (*Temps...*, cit., p. 17) explica que esta é uma aproximação do tempo que parte de uma referência de base ao espaço: é o tempo que separa dois locais e cuja distância se mede pelo percurso que vai de um ao outro, segundo um movimento regular dos astros ou do relógio. O tempo não é outra coisa senão a medida de tempo que serve para se ir do ponto A ao B. E também se mede em velocidade. A hora é o acompanhamento temporal do espaço percorrido. A forma como o ponteiro dos segundos gira em torno do mostrador, de forma contínua, linear, saltando 60 pontos, mostra como o minuto equivale a este

uma fantástica autodisciplina do tempo, com uma excepcional precisão: vivemos ao minuto e o relógio acompanha-nos. Esta autodisciplina é fruto de uma longa aprendizagem histórica, que cada criança individualmente tem de aprender a reproduzir. Contudo, não se pode deixar de apresentar uma crítica ao tempo dos relógios ou tempo «especializado», e de propor a passagem para «dans la durée» (166), pois, afinal, este tempo, sendo uma sucessão de pontos, entre os quais há o vazio, e sendo neutro, artificial e construído, não dá a verdadeira sensação do tempo vivido». No tempo *especializado*, só tem realidade o tempo presente. O futuro é uma extrapolação do presente e o passado já não existe (167). De acordo com tal ideia, deve dar-se preferência ao tempo qualitativo, uma vez que o tempo *especializado* não é senão uma grosseira imitação do movimento das coisas. E a ironia desse tempo é que ele está fora do tempo, reduzindo-se a um instante e a um conjunto sucessivo de instantes (168). E o enigma de «la durée» resulta da «manifestação do passado». E, no caso do ser humano, é a demonstração da memória, em larga medida inconsciente, e não menos plenamente presente, como condensação da totalidade da história passada: «*La durée est le prolongement continu du passé qui ronge l'avenir et qui gonfle en avançant*». *La durée* é também transformação permanente do ser que envelhece, que pensa e tem memória e história, e que é, por isso, irreversível e cada instante é novo.

percurso da totalidade da conferência percorrido pelo ponteiro dos segundos. Como diz ZARIFIAN: «*La spatialisaton du temps y prend une forme parfaite et visible d'un seul coup d'oeil*». E, conseqüentemente, pela sua objectividade, se alguém disser que «demorou 10 minutos a chegar a casa», esta expressão pode ser inteligível para uma vasta comunidade humana.

(166) Esta define-se por aquilo a que se opõe: *le temps spatialisé*, ou forma social dominante de apreensão do tempo, segundo H. BERGSON, *L'évolution créatrice*, Presses Universitaires de France, 1996.

(167) Afinal, o tempo *especializado* é uma sucessão de pontos que materializam os instantes e, por isso, é possível distinguir o ponto A de B, já que são separados. Contudo, entre um e outro há o vazio, uma vez que da passagem de um ao outro nada o interrompe. Todos os instantes são equivalentes e neutros. Num relógio cada segundo tem o mesmo valor. Este alisa externamente todos os fenómenos e afasta qualquer sentido subjectivo, baseando-se numa concepção artificial do movimento. Afinal o tempo *especializado* é artificialmente construído. E a construção de BERGSON ganha também adeptos no contexto social. Seguindo o exemplo do autor que apela à imagem cinematográfica: o real não é senão uma sequência de fotografias e imagens, de instantâneos, e o movimento é reconstituído numa máquina que, fazendo circular as imagens a uma certa velocidade, dá a ilusão de movimento. E, assim, chamamos tempo à velocidade de movimento de imagens, considerada em relação ao *standard* de um relógio. Contudo, este tempo é artificial, porque é construído. Neste sentido, F. ZARIFIAN (*Temps...*, cit., p. 25) cita a construção bergsoniana e diz: «*Le temps n'est pas autre chose que la vitesse produite par la machinerie entre elles dans un mouvement linéaire ainsi reconstitué*».

(168) Neste sentido, F. ZARIFIAN (*Temps...*, cit., p. 27) afirma o seguinte: «*le temps spatialisé n'est qu'une grossière imitation du devenir des choses. Le grand paradoxe de ce temps est qu'il se place "hors temps", dans un présent sans épaisseur, réduit à un instantané, simplement prolongé d'une tendance, passant d'instant en instant*».

Ora, se o tempo tem esta dimensão social, o direito como fenómeno social tem também uma dimensão temporal. Será possível, contudo, configurar o tempo no direito a partir de unidades de medida e será possível usar de unidades de medida para comparar o fluxo dos acontecimentos jurídicos e a sua duração? Como evidenciar o cruzamento entre o decurso cronológico do tempo e o direito processual administrativo, por exemplo? Será o tempo um elemento inerente e constitutivo da realização jurisdicional do Direito material ⁽¹⁶⁹⁾? São, de facto, vários os afloramentos do cruzamento entre o direito processual administrativo e a dimensão temporal, de entre os quais se pode destacar exactamente um rol significativo de preceitos em que o legislador vem cronometrar prazos para os sujeitos que intervêm no processo, impondo-lhe um ritmo de actuação, ou um conjunto de normas em que a lei impõe deveres de actuação célebre aos intervenientes no processo, incluindo obrigações processuais que devem ser cumpridas em certo momento do processo, sob pena de aplicação de sanções. Enfim, há outras manifestações inequívocas da relação indissolúvel entre direito e o decurso do tempo, isto é, de um correr ou escorrer cronológico do tempo no processo. Contudo, julgamos que há também exemplos em que o direito processual administrativo faz um corte com o tempo cronológico para atender a uma duração qualitativa do tempo, procurando marcar a duração do processo em função do resultado final, sendo este marcado pelo princípio da tutela jurisdicional efectiva. Neste contexto, sendo o decurso do tempo espacial menos relevante, ganha realce outro tipo de normas em que se prevê um outro género de relação entre o tempo e o processo administrativo. Assim, as normas em que o legislador vem prever instrumentos economizadores de tempo e de meios, como são aqueles que dizem respeito à cumulação de pedidos, ou à modificação da instância são exemplos de como a duração do processo é aferida num sentido qualitativo. Por exemplo, a previsão de processos de tramitação urgente, nos artigos 36.º da lei processual administrativa, ou a previsão cuidada do *modus procedendi* dos processos urgentes tipificados nos Títulos IV e V do CPTA, onde o legislador consagrou mecanismos e instrumentos de simplificação e abreviação são exemplos de uma nova dimensão da relação qualitativa entre o processo administrativo e o tempo. E outros exemplos podem ser dados, e vão ser dados ao logo da dissertação, de como a relação entre o tempo e o processo tem interesse do ponto de vista qualitativo, *id est*, do ponto de vista da efectividade ou de acordo com o princípio da tutela jurisdicional efectiva. É, aliás, neste contexto que cumpre perceber que a lei processual vai ao encontro da Lei Fundamen-

⁽¹⁶⁹⁾ Neste sentido, F. O. ZUCCARO, *Il tempo ed il processo amministrativo*, Milano, 1999, esp. p. 12.

tal e do *ius commune europeu* que vêm exigir que *la durée* do processo seja adequada a garantir a tutela efectiva e em prazo razoável dos direitos e interesses que aqueles reconhecem e que, por isso mesmo, seja realizada em tempo justo a protecção de certas situações jurídicas carentes de tutela jurisdicional.

2. O tempo e o direito

Há sem dúvida uma dialéctica profunda entre o tempo e o direito ⁽¹⁷⁰⁾. Como afirmámos, é do interior que tempo e direito mutuamente se trabalham (e condicionam): o tempo é, aliás, uma das principais apostas da capacidade instituinte do direito. Identificamos normalmente o jurídico com «o tempo longo», não obstante também o associarmos ao instantâneo ⁽¹⁷¹⁾. ARISTÓTE-

⁽¹⁷⁰⁾ Para além dos autores já citados, cumpre enumerar, meramente a título exemplificativo, algumas obras que tratam, de maneira monográfica e aprofundadamente, esta específica temática: K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Carl Winter-Universitätsverlag, Heidelberg, 1950, esp. pp. 67 ss.; G. HUSSERL, *Recht und Zeit — Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1955, esp. pp. 7 a 67; G. GASPARRI, «Sul rapporto tra diritto e tempo», RIFD (IV, LI), 1974, pp. 543 ss.; P. BEHRENS, «Der Faktor Zeit im Prozeß der Rechtsfindung», NWVBl, 1996, pp. 121 ss.; S. KIRSTE, *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998; L. BAGOLINI, *Poesia e giustizia — Diritto e tempo*, Milano, 1998, esp. pp. 105 ss.; V. FROSINI, «Temporalità e diritto», RDC (Anno XLV), 1999, pp. 431 ss.; G. WINCKLER, *Zeit und Recht*, Wien, New York, Springer Verlag, 1995; P. HÄBERLE, «Zeit und Verfassungskultur. Zeit und Verfassungsstaatskulturwissenschaftlich betrachtet», in: *Reflexionen über die Zeit. Öffentliche Vortragsreihe anlässlich des Millenniums*, coord. H. NÖTH, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Munich, 2000, pp. 57 ss.; P. THÉRY, «La justice entre l'exigence de la durée et la contrainte de l'urgence», *Droits*, 30, 2000, pp. 89 ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, «Constituição e “tempo ambiental”», CEDOUA, ano II, 2/2, 1999, pp. 9-14; JOSÉ DE FARIA COSTA, «O direito penal e o tempo. (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)», BFDUC, 2003, pp. 1139 ss.; D. BARANGER, «Temps et constitution», *Droits*, 30, 2000, pp. 45 ss.; AAVV, *Les Temps dans la procédure*, sous la direction de J.-M. COULON/M.-A. FRISON-ROCHE, Paris, 1996; G. BARONE, «Autotutela amministrativa e decorso del tempo», *Diritto amministrativo*, n.º 4, 2002, pp. 689 ss.; WLADIMIR BRITO, «Tempo e direito. A propósito de uma revisão constitucional», Separata da Themis (ano V, n.º 6), 2004, pp. 65 ss.

⁽¹⁷¹⁾ E, no contexto do tempo administrativo, o momento da acção administrativa é tanto visto na dimensão de *la durée* como na do «tempo breve». E se a primeira é «le temps qui passe», como escreve DUPUIS, a outra é «le temps qu'il fait», caracterizando-se, respectivamente como abstracta e concreta. A este propósito, G. DUPUIS (no Prefácio a P.-L. FRIER, *L'urgence*, Paris, LGDJ, 1987, p. II) escreve que «le temps peut être considéré tour à tour comme moment, durée et conjoncture de l'action administrative. Le premier des ces concepts est immédiatement intelligible. Tout acte est daté mais le droit positif semble assez indifférent à cette donnée historiquement incontestable: d'abord, la mention de la date est toujours facultative. Et puis, dans la plupart des cas, l'Administration choisit discrétionnairement le moment de son action».

LES falava-nos em a *Política* que «não é a mesma coisa alterar uma técnica e uma lei; a lei com efeito, para se fazer obedecer, não tem outra força que não seja o hábito, que só se manifesta depois de muito tempo [*dia kronou plèthos*], de tal forma que passar facilmente das leis existentes a outras leis novas é enfraquecer o poder da lei». A cultura jurídica ocidental tem-se baseado, aliás, em uma compreensão do direito em que este se apresentava não só como estrutura duradoura mas era ele próprio condição necessária para que tantas e tantas estruturas sociais se afirmassem, também elas, com um mínimo de duração. Com efeito, recorrendo às palavras de FARIA COSTA, cumpre notar que «o direito, independentemente da natureza e função que se lhe atribuisse, era visto como um real duradouro e era do mesmo jeito, o cimento agregador que permitiria aquele mínimo de coesão social (...) indesmentivelmente necessário a qualquer consolidação comunitária» (172).

Contudo, os próprios «grandes códigos, cuja intencionalidade temporal deveria abarcar séculos, vêm sendo substituídos por novos impulsos legislativos em que a pretensão de validez da norma tem carácter mais precário e experimental. O tempo dos «grandes códigos», perpassado pela ideia da sua perene e quase imutável validade dá lugar ao tempo das micro-reformas» (173). Na verdade, o direito sofre hoje o impacto que advém da cultura da urgência, ou da fuga para fora do tempo, ou da *destemporalização* ou do tempo curto. Aliás, como fenómeno social que é, também ele é afectado pela *urgencialização* de que sofre a sociedade actual. E a cultura pelo instantâneo coloca novas questões à tradicional relação entre a normatividade do direito e o tempo. Em abono da verdade, um dos actuais problemas da cultura contemporânea, e que é um segmento caracterizador da sociedade pós-moderna, coloca-se ao nível da «dimensão do instantâneo» (174). E, neste contexto, temos, pois, de nos interrogar sobre as repercussões desse sentido do instantâneo no campo da matéria que se questiona. Como escreve FARIA COSTA, é pois, um «quadro hiperdinâmico» aquele com que se confronta hoje o intérprete. Daí a encruzilhada com que se depara a ciência do direito (175). Se é verdade que o instantâneo — ou conceito que, sendo mal interpretado poderia confundir-se com instantaneidade, quer significar, sobretudo, *menor duração* — é um elemento de perturbação dentro da actual análise ou hermenêutica jurídica, não é menos certo que a pressão social, a exigir tempos cada vez mais breves para a decisão judicial se mostra como a determinante exógena a fazer flutuar alguns dos

(172) Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «O Direito Penal e o tempo...», cit., p. 1146.

(173) Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «O Direito Penal e o tempo...», cit., p. 1147.

(174) Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «O Direito Penal e o tempo...», cit., p. 1145.

(175) Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «O Direito Penal e o tempo...», cit., p. 1148.

princípios mais sagrados da decisória interpretação hermenêutica que o direito pressupõe ⁽¹⁷⁶⁾. A tentativa de «mediação metodológica» entre aquilo que parecem ser as exigências do momento e a presença da serenidade conformadora que leva à justiça, e que só o tempo pode dar, é apontada por alguns como um modo de perceber o tempo e o direito ⁽¹⁷⁷⁾. A realização do direito na sociedade contemporânea exige, pois, uma tentativa de mediação metodológica de modo a que o direito continue a ser um pressuposto para a realização de outros valores e continue a ser ele próprio projecção no futuro dos seus valores específicos ⁽¹⁷⁸⁾.

E, na verdade, também no domínio do *jurídico-processual-administrativo*, cumpre meditar sobre essa tentativa de mediação metodológica, tanto mais que se sabe que o tempo longo pode ser simultaneamente útil e desfavorável ao tipo de interesses públicos e privados que se realizam no seio da jurisdição administrativa. E porquê? Desde logo, porque a duração média dos processos administrativos tem ultrapassado a «duração razoável» do processo, colocando frequentemente em risco a eficácia do direito administrativo (constitucional e europeu) e negando um direito fundamental de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva. E, depois, cumpre também alertar para o impacto que advém da cultura da urgência, ou da fuga para fora do tempo, ou da «*destemporalização*» (por aproximação a «*Entzeitung*» de HUSSERL) ⁽¹⁷⁹⁾ ou do tempo curto que também se nos apresentam nos domínios do jurídico-administrativo. E como fenómeno social que é, também ele é afectado pela *urgencialização* de que sofre a sociedade actual. A cultura pelo instantâneo coloca novas questões à tradicional relação entre o direito administrativo e o tempo.

Também aqui surgem problemas decorrentes da crescente «dimensão do instantâneo» ⁽¹⁸⁰⁾ e também neste contexto se afirma que o processo tem de se temporalizar, isto é, tem de ser trazido para dentro do tempo real. E temporalizar é tornar algo temporal, sendo que temporalizar o processo é tornar o processo temporal, é pô-lo em relação com o tempo, nas diversas dimensões que este possui, o passado, o presente, o futuro, é verificar que ele se trans-

⁽¹⁷⁶⁾ Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «O Direito Penal e o tempo...», cit., p. 1148.

⁽¹⁷⁷⁾ F. OST (*O tempo...*, cit., pp. 47 ss.) fala-nos de quatro figuras de retemporalização da realidade contemporânea (memória, perdão, promessa e questionamento) e de quatro momentos de realizar o direito, mantendo o equilíbrio entre tempo e direito: o tempo da memória que liga o direito ao passado; o tempo do perdão que o desliga do passado; o tempo da promessa que o liga ao futuro e o tempo de o questionar e desligá-lo do futuro).

⁽¹⁷⁸⁾ Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «O Direito Penal e o tempo...», cit., p. 1149.

⁽¹⁷⁹⁾ Neste sentido, G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., p. 19.

⁽¹⁸⁰⁾ Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «O Direito Penal e o tempo...», cit., p. 1145.

forma com o tempo, e, por isso, é aceitar que se este se relaciona com as coisas materiais e transitórias, que é algo do domínio da vida terrena e que é, ao fim e ao cabo, mundano. Mas, é também aceitar que este tende a evoluir, concretizando as técnicas que são, em certo momento e depois de anos de experimentação, consideradas as melhores e mais adequadas, e tendendo a incorporar aqueles que são os valores e princípios tipos como certos no momento.

Em abono da verdade, este objectivo — habitar o tempo, domesticar o tempo ou temporalizar o processo — leva-nos até a um dos problemas clássicos mais delicados da dogmática processual que nos dias de hoje ganha nova atenção exactamente por causa do culto ao instantâneo: para o temperamento dos elementos essenciais do processo e designadamente para a questão da combinação de garantias e princípios processuais essenciais que não podem ser reduzidos — o processo justo — com a duração fisiológica necessária do processo — o processo temporalmente justo —, sendo que poderá qualificar-se como necessária a duração temporal fisiologicamente útil para realizar o processo e para obter, ponderada e atempadamente, a decisão judicial de mérito, com respeito pelos princípios processuais que são irreduzíveis — como são os relativos ao modelo paritário do contraditório⁽¹⁸¹⁾. Temporalizar o processo é actualizar o processo aos ritmos do homem do quotidiano e ao ritmo dos seus interesses. Urge, pois reequacionar o tempero. Haverá necessidade de prescindir de algumas garantias em benefício de outras.

3. O tempo e a perspectiva tridimensional do exercício de poderes estaduais

A reflexão que versa sobre a problemática temporal do direito e a relação entre o tempo e o direito pode também desdobrar-se no tema de como, *ratione temporis*, os sujeitos se relacionam com o direito e as diferentes perspectivas do tempo. E, fundamentalmente, cumpre atender aos *Zeit-modi* e à forma como os sujeitos que têm de estabelecer ou aplicar o direito e os sujeitos cuja actuação está rigorosamente limitada pelo direito *vivem* o direito e o *experimentam temporalmente*. Neste sentido, e do ponto de vista das perspectivas em que se experimenta o tempo, seria interessante percebermos qual é a perspectiva temporal («Zeit-perspektive») do legislador, do juiz e do administrador⁽¹⁸²⁾, para tentarmos perceber se o tempo condiciona a relação separada e interdependente existente entre eles.

(181) Neste sentido, F. O. ZUCCARO, *Il tempo...*, cit., p. 15.

(182) Esta é, de facto, uma das temáticas do estudo desenvolvido por G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 10): «Wie werden — temporal gesehen — Dinge des Rechts erfahren von

Ora, o tempo apresenta-se em três formas, passado, presente e futuro, e cada sujeito tem uma diferente experiência de cada dimensão do tempo. Pode, pois, falar-se numa «estrutura tridimensional» do tempo e em três dimensões de experiência humana, sendo que o presente tem um primado absoluto (183). O passado tem este sentido temporal por relação com o presente e qualquer futuro que se apresenta só pode qualificar-se como possível visto a partir do presente. Nenhuma das dimensões do tempo existe sem a outra. E a corrente do tempo continua a fluir e passa constantemente de uma dimensão à outra. O passado continua a agir no presente e este caracteriza-se por ter no horizonte o futuro. «Na vida do homem, o passado, o presente e o futuro fundem-se em *un unico* grande espaço de experiência». Nenhuma experiência humana é limitada apenas a um destes modos de sentir e viver o tempo. Não pode, pois, conceber-se um mundo onde todas as coisas são esperadas e desejadas na dimensão do presente. Contudo, tal não obsta a que na vivência dos sujeitos se acentue uma das dimensões do tempo. E assim é porque na vida dos homens, o passado, o presente e o futuro podem ter um *peso* distinto. É neste contexto que se fala vulgarmente de um «homem do presente», de um «homem que vive no passado» ou de um «homem do futuro». Somos todos «sujeitos do presente», é certo, na medida em que a nossa vida se vive dia a pós dia, sempre de novo e *inelutavelmente*, assumindo relevância o sentido temporal do hoje. Como escreve HUSSERL, «*Die Flamme des Lebens brennt nur im "heute"*» — «a chama da vida arde apenas no hoje» (184). Contudo, o hoje não é senão um ponto-chave do presente, sendo vedado ao homem circular livremente no tempo. Qualquer passo que dê no tempo, o seu pé pisa sempre o terreno do presente, tanto mais quanto o «aqui» espacial se harmoniza com a medida do tempo presente (185).

Contudo, tal não significa que o homem se preocupe apenas com as coisas do presente e não direcione os olhos do espírito para as outras dimensões

Menschen, denen die Setzung oder Anwendung des Rechts aufgegeben ist, oder für welche die Normen des Rechts die Grenze ihres Handelns bilden? Was ist die *Zeitperspektive* des Gesetzgebers, des Richters, des Mannes der Exekutive?». E o autor escreve também (a p. 41): «Wir fragen nach den *Zeit-modi*, in denen er das Recht erfährt: der besonderen *Zeitperspektive*, in der er die Rechtswirklichkeit sieht».

(183) Neste sentido, G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 42) aponta que «wir können auch von einer "dreidimensionalen Struktur" der Zeit sprechen».

(184) Neste sentido, G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 43).

(185) Neste sentido, G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 45) escreve o seguinte: «Indem gewisse Raumrelationen, die ein "hier" begründen, den Charakter eines relativ Bleibenden besitzen, rückt das räumliche "hier" dem zeitlichen "jetzt" gedanklich näher. Wir dürfen darüber aber nicht die Wahrheit aus dem Auge verlieren, daß das "heute" immer mehr ist als ein bloßer "Schwerpunkt" in der Zeit. "Freizügigkeit in der Zeit" ist dem Menschen nun einmal versagt».

do tempo. E assim, fugindo ao hoje, o homem transfere-se com o espírito para o mundo imaginário do passado e do futuro. Escreve HUSSERL que não se pode percorrer o caminho da vida sem que o homem que o percorre adopte uma direcção retrospectiva ou prospectiva. A questão reside no significado que tal perspectiva temporal tem na sua vida e na sua conduta de vida ⁽¹⁸⁶⁾. Assim, se o presente é a esfera da actividade humana, a verdade é que o *sujeito-do-presente* («Gegenwartsmensch») representa o homem *de facto*, que se encontra com os dois pés no «hoje». E o seu olhar, projectando-se no futuro, é, no entanto, limitado, uma vez que a sua visão do mundo é uma visão (temporalmente) aproximativa. À limitação do seu horizonte temporal corresponde quase sempre uma limitação do ponto de vista espacial. O «sujeito-do-presente» lida com as coisas como elas se lhe apresentam, não sendo um sujeito de planificação. Interessam-lhe mais os resultados que são imediatos e visíveis no tempo e, por isso, a sua acção é orientada exclusivamente para o dia a dia. É neste contexto que HUSSERL afirma que este sujeito tem uma esperança ingénua no presente. Actua no hoje a partir dos dados que conhece do presente e espera que como resultado imediato da sua actuação surja um dia novo. Ele não é só fatalista é também positivista ⁽¹⁸⁷⁾.

Todavia, o *sujeito-do-presente* tem algumas parecenças com o *sujeito-do-futuro*, uma vez que a atitude de ambos é direccionada para o futuro. Contudo, a diferença reside, não tanto na extensão da projecção, mas na clara oposição entre a «Nahsicht» e a «Weitsicht». O *sujeito-do-futuro* não vê as coisas apenas lá longe, ele vê-las *diversamente*, integra-as na dimensão temporal do futuro, e tal visão é determinante na sua forma de actuar e pen-

⁽¹⁸⁶⁾ Neste sentido, G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 45) menciona no seu texto que «Es gibt kein Beschreiten des Lebensweges ohne einen immer wiederholten *Rückblick* und *Vorblick* des Menschen, der ihn beschreitet. Die Frage ist, welche Bedeutung eine solche Umschau nach der einen oder anderen Zeitrichtung im Leben des Menschen jeweils hat; welche Funktion ihr in Hinsicht auf seine Lebensführung zukommt».

⁽¹⁸⁷⁾ Na verdade, escreve G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 46) que «Der “Gegenwartsmenschen” repräsentiert die Idee des Mannes der *Tat*. Er steht mit beiden Füßen im “heute”. Sein Blick ist vorwärts gerichtet, aber sein Blickfeld ist begrenzt. Seine Sicht der Welt ist eine (temporale) Nahsicht. Der Enge seines Zeithorizontes entspricht in der Regel, wenn auch nicht immer, eine solche des Raumhorizontes: Seine Aktivität beschränkt sich auf einen (mehr oder minder) engen Raum. Der Gegenwartsmensch nimmt die Dinge “wie sie kommen”. Er ist nicht ein Mann langen Planens. Es kommt ihm auf greifbare zeitnahe Resultate seines Tuns an. Sein Handeln von Tag zu Tag ist durchaus *diesseits* gerichtet». Em suma: «Im Gegenwartsmenschen lebt ein naiver Gegenwartsglaube. Er geht mit der Zeit, die er jeden Tag als ein neues “heute” erfährt, unbedenklich mit. Indem er die Gegenwart, wie sie jeweils ist, als gegeben hinnimmt und zum Ansatzpunkt seines Handelns macht, ist in seiner Einstellung zum Leben ein Element des Fatalismus enthalten. Der Gegenwartsmensch ist ein Positivist».

sar (188). Olhando para o presente de forma crítica e tratando-o como qualquer coisa sujeita ao *dever*, o *sujeito-do-futuro* vê na realidade uma força evolutiva e um conjunto de possibilidades a realizar no futuro. Assim, cercado de coisas que merecem um melhoramento, o *sujeito-do-futuro* deposita uma grande confiança no progresso. O *sujeito-do-futuro* é o homem da planificação, dos projectos e da reforma (que não são de natureza provisória) — assumindo, pois, uma atitude perante o futuro. Ao contrário, o *sujeito-do-presente* tem perante o futuro uma atitude de descrença e incerteza. E, insistindo na impossibilidade de conhecer racionalmente o futuro e associando a projecção à especulação, o *sujeito-do-presente* prefere ignorá-lo. Como escreve HUSSERL, «Der Gegenwartsmensch lebt im “heute”; das ist seine Welt, da ist er zuhause». Ora, se o *sujeito-do-presente* vive no hoje e o hoje é o seu mundo e lá é a sua casa», o *sujeito-do-futuro* aparece num «território temporal do estranho» («die Zukunft als ein Zeitland” der Fremde erscheint»), sendo que aquilo que me é estranho é aquilo sobre o qual não tenho um conhecimento válido (189). Contudo, o *sujeito-do-futuro* não é um sonhador. E, não obstante saber que não pode ter um conhecimento certo sobre o futuro, ele sabe em que termos é racionalmente previsível que o futuro se apresente com uma certa realidade, podendo essa realidade ser condicionada pela omissão e pela planificação. Assim, a partir do presente, o *sujeito-do-futuro* vai desenhando no horizonte um futuro aberto, protegendo-se assim, ao partir de um presente temporalmente alongado, do carácter estranho do futuro. Com efeito, na metodologia da actuação do *sujeito-do-futuro*, o presente ganha um efeito temporalmente alongado, uma vez que as tendências do presente se projectam no futuro e, juntos, as coisas do futuro surgem reportadas ao hoje, em termos que as medidas tomam em consideração os eventos do futuro (situação factual hipotética), surgindo antecipadamente no espaço temporal do hoje (190).

Pelo contrário, é orientado para trás o olhar do sujeito que vive no passado (191). Na verdade, como afirma HUSSERL, também ele se encontra no

(188) Assim, como afirma G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 47), «Der Zukunftsmensch sieht nur *weiter*. Er sieht die Dinge anders, weil sein Blick eine andere Zeitdimension — die der Zukunft — mitumfaßt».

(189) Vd. G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., p. 47.

(190) A este propósito, escreve G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 48) que: «Im Handeln des Zukunftsmenschen — auch der Planende ist ein Handelnder — gewinnen Dinge der Gegenwart eine temporale Fernwirkung: Strebungen und Tendenzen, die in der Gegenwart enthalten sind, werden in die Zukunft (gedanklich) projiziert. In eins damit werden Dinge der Zukunft an das “heute” gewissermaßen herangebracht, indem künftige Geschehnisse (in der Form hypothetischer Tatbestände) vom Zeitboden des “heute” *antizipiert* werden».

(191) Vd. G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., p. 48.

campo do presente — «e onde mais poderia ele estar?» —, contudo, «no presente ele não se sente em casa». Com efeito, «a região do *hoje* não é o seu mundo» (192). E também ele tem uma atitude crítica perante o presente. Mas, essa atitude é diferente da do *sujeito-do-futuro*. Para o *sujeito-do-passado*, o presente não é qualquer coisa que se renova dia a dia. Para ele é um fim e não um início. E, em substituição da ideia do futuro aberto, existe no imaginário do *sujeito-do-passado* um mundo acabado, no qual não se acredita que possa surtir efeito qualquer modificação — o que pode ser entendido também como forma radical de recusa do presente (193). É comumente afirmado pelo *sujeito-do-passado* que «o presente se revelou estranho e que já não o compreende». E para aquele que assume radicalmente o presente como algo estranho, deixa de haver interesse em desenvolver uma vida de actividade e tende a distanciar-se cada vez mais das coisas do presente. Há, contudo, um tipo de *sujeito-do-passado* que vê muito bem o hoje, mas tende a ver o presente à luz do passado. Assim, continuando a viver no passado, é com base nos critérios do passado e recorrendo à experiência e à analogia com casos do passado que ele avalia os homens e os factos de hoje. E para o *sujeito-do-passado* o *que é* e o *que será* é igual ao *que foi*. Este sujeito tradicional concebe as regras de comportamento e outras formas de disciplina das relações humanas do passado como linha orientadora do futuro, intervindo a favor da sua continuidade (194).

Cumprе notar, contudo, que a adopção de uma destas atitudes perante as três dimensões do tempo — passado, presente e futuro — traz consigo certos perigos. Por exemplo, os riscos que envolvem o *sujeito-do-presente* concernem ao facto de os seus objectivos se limitarem ao imediato. Sendo um executor, perde de vista o projecto a longo tempo. Por seu lado, o *sujeito-do-futuro* está exposto a um duplo perigo: por um lado, o perigo de, sem o terreno sólido do presente, se desmoronar com os seus projectos enormes e irrealistas. E, por outro lado, o de travar a vontade de agir no presente. Para o *sujeito-do-passado*, o risco decorre do facto de, desejando manter-se no presente de acordo com o pensamento do passado, tal resulte numa atitude de passividade. E que a hostilidade perante o progresso tenda a traduzir-se na apoloia na manutenção do *status quo* (195). E cumprе notar também que todos

(192) Afirma G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 48) que «*Rückwärts gerichtet ist der Blick des Menschen, der "in der Vergangenheit lebt". Zwar steht auch dem Boden der Gegenwart — wo sonst sollte er stehen? —, aber er fühlt sich in ihr nicht "zu Hause". Die Region des "heute" ist nicht seine Welt*».

(193) Vd. G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., p. 49.

(194) Vd. G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., p. 50.

(195) Vd. G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., p. 51.

estes tipos humanos de encarar as dimensões do tempo são tipos ideais («Ideal-typen») e correspondem àquilo que cada um de nós pode ser em diversos momentos da vida. E, sendo cada um de nós, o conjunto das três, pode, contudo, existir uma propensão para que uma das dimensões temporais predomine e se manifeste. De qualquer modo, não se duvida que o presente é um ponto-chave do tempo «bloßen Schwerpunktes in der Zeit» e do ponto de vista dos interesses pode existir uma distinta relação com uma dimensão particular do tempo. Ainda assim, nenhuma das dimensões existe sem as outras (196).

Enfim, a partir daqui podemos pensar na vida em comunidade politicamente organizada segundo a matriz constitucional e, pressupondo a separação tripartida dos poderes estaduais, podemos procurar perceber em que termos os diversos poderes se articulam com as dimensões do tempo. E assim, cumpre perceber que o *sujeito-(executivo)-administrativo* representa o *sujeito-do-presente*. Por seu lado, o *sujeito-do-passado* é encarnado pelo *sujeito-jurisdicional*. E o *sujeito-do-futuro* é o poder legislativo (197). Cumpre igualmente notar que esta consideração da perspectiva temporal em relação à qual o direito é realizado pelo *sujeito-jurisdicional*, pelo *sujeito-administrativo* e pelo *sujeito-legislativo* parte da ideia da concretização equilibrada do princípio da separação de poderes e de uma compreensão deste princípio no sentido de que há uma independência interdependente de poderes, sendo que, ainda assim, não é de negar que, em diferentes momentos da história, haja a hegemonia de uma das perspectivas de experimentação do tempo jurídico, em termos que a influência de um destes sujeitos seja determinante na vida pública (198).

(196) Vd. G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., p. 51.

(197) Vd. G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., p. 52.

(198) Neste sentido, G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., pp. 62 a 65) considera, de facto, que em épocas em que o quadro de valores está bem definido e é aceite pela comunidade, os homens tendem a deixar vigorar a tradição e a protegê-la. E, por isso, compreende-se que, em termos de perspectiva temporal do sentimento geral da comunidade, se tenda a viver a partir do passado e a ver o futuro com cepticismo, não se acreditando nas ideias de progresso, nem em direito novo. Neste domínio, a actuação do *sujeito-legislativo* é rara e é a actuação do *sujeito-jurisdicional* que predomina, já que é ela que, sendo a voz da consciência jurídica de todos, representa a tradição. Já pelo contrário, em épocas em que o homem acredita no progresso e se crê num mundo melhor, é ao *sujeito-legislativo* que vem atribuído o papel determinante da vida pública, reconhecendo-se, assim, que no futuro reside o «estado de ouro» e que cabe ao *sujeito-legislativo* planear racionalmente esse futuro. Finalmente, em épocas em que o sistema de valores vacila e quando não se vislumbra um outro sistema axiológico capaz de assegurar a estabilidade, o papel determinante da vida pública cumpre ao sujeito do poder executivo. Ele é o homem do momento. Trata-se de épocas em que predomina uma ideia muito próxima da vida humana, em que há incerteza interior e receios do exterior.

Neste contexto, e concentrando-nos no *sujeito-administrativo*, cumpre perceber que, devendo realizar uma multiplicidade de tarefas correspondentes ao exercício da função administrativa, ou devendo realizar o interesse público de satisfação das necessidades colectivas, tal sujeito se situa na dimensão do tempo presente. A sua actuação reside na satisfação dos interesses públicos da comunidade, tidos como gerais e diários. Isto não significa, contudo, que a actuação da administração não tenha perspectiva futura. Isto significa apenas que, sendo também uma actividade de execução (e do colocar em marcha projectos e planos elaborados), a dimensão do administrador é ainda a de no tempo presente concretizar os projectos e os planos. E, de uma forma ou de outra, a natureza administrativa está sempre conexas com a rotina burocrática, ao mesmo tempo que tem a de iniciativa criadora ⁽¹⁹⁹⁾. De qualquer modo, é, ainda assim, uma função estadual de propensão para o presente. E mesmo quando destinada a produzir efeitos que tocam no futuro, a actuação administrativa não vai muito mais longe do que *vivenciar* um tempo presente prolongado ⁽²⁰⁰⁾.

Por seu lado, o *sujeito-do-futuro* aparece encarnado no *sujeito-legislativo*. Este é que habita a dimensão do tempo futuro. Não se limitando a compilar *livros de direito*, ele cria *direito novo*. E acredita que com os instrumentos jurídicos haverá um progresso social. Na verdade, o *sujeito-legislativo* também habita a dimensão do tempo presente, mas a sua obra de *planificação* tende para o futuro — um futuro que ele percorre por antecipação e que é para ele, enquanto sujeito criativo, um futuro aberto, não obstante ser previsível e calculável ⁽²⁰¹⁾. O seu planeamento encontra expressão na regu-

⁽¹⁹⁹⁾ Vd. G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., pp. 53 e 54.

⁽²⁰⁰⁾ A este propósito, G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 54) escreve precisamente o seguinte: «Ein anderer charakteristischer Wesenszug des “Gegenwartsmenschen” ist dem Mann der Exekutive eigen. Es ist ihm um einen sichtbaren zeitnahen Erfolg seines Handelns zu tun. Bei einem Handeln, das die Natur der Verwaltung hat, ist es wichtig, daß im richtigen Zeitpunkt, ohne Verzögerung gehandelt wird. Die Tätigkeit eines Mannes der Verwaltung mag weit über die Gegenwart hinaus in die Zukunft fortwirken. Das sind *Nachwirkungen* seines Tuns, die diesem selber (was seine Zeitstruktur angeht) nicht zuzurechnen sind. Der Mann der Verwaltung blickt vorwärts, aber sein Blick reicht nicht in die ferne Zukunft. Ihn interessieren nicht Dinge, die vielleicht einmal sein werden. Sein Anliegen sind die Dinge, die ihm im Erfahrungsmodus der Gegenwart gegeben sind. Dinge der Zukunft gehen ihn nur insoweit an, als sie einen Schatten in die Gegenwart zurückwerfen».

⁽²⁰¹⁾ G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 55) menciona o seguinte: «Gewiß, auch der Gesetzgeber steht auf dem Boden der Gegenwart, aber sein Werk betrifft die *Zukunft*, die er in gedanklichem Vorgriff antizipiert. Sein Handeln ist von der Idee einer voraussehbaren, ja berechenbaren Zukunft getragen. Der Gesetzgeber ist ein *Planender*. Seine Planungen finden ihren Ausdruck in generellen Regelungen eines menschlichen Verhaltens, das als ein *wiederholbares* konzipiert wird. Der Gesetzgeber sieht die Zukunft als eine *offene* vor sich».

lamentação geral do comportamento humano que é tido como solução justa para todos os casos previstos na lei (independentemente do momento em que se tornarão reais) e que é concebido como comportamento a seguir e a repetir («wiederholbares»). Neste aspecto da planificação racional do futuro, o *sujeito-legislativo* introduz elementos de *definitividade* («Endgültigkeit»), ajudando assim a superar aquilo que o futuro pode ter de *estranho* (202). Aliás, o legislador abre um caminho no futuro, revelando confiança nele e ao mesmo tempo assenhorando-se dele. Assim, lançando uma flecha para o futuro, ela acabará por regressar à dimensão temporal a partir da qual foi lançada, isto é, do presente, e, no entretanto, esse presente tornou-se passado. Na verdade, como escreve HUSSERL, o futuro projectado pelo legislador refere-se sempre a um presente que quando é já não é tal. Assim, redigindo uma norma, o *sujeito-legislativo* normaliza um hipotético estado de facto futuro, o qual sequentemente se constitui real, assumindo o sentido temporal de qualquer coisa na dimensão do tempo presente. E quando surge o tempo para a *aplicação* da norma estabelecida pelo *sujeito-legislativo*, este estado de facto transformou-se em passado (203). É neste contexto da relação entre a comunidade politicamente organizada e as diversas dimensões do tempo que HUSSERL afirma o carácter parcial da actividade do *sujeito-legislativo*, uma vez que, sendo este um *sujeito-do-futuro*, a sua actividade se limita à planificação, sendo que o seu poder abarca uma parte de vida em comunidade (204).

E é o *sujeito-jurisdicional* que, velando pela prossecução da ideia que o legislador depositou na norma, vem completar aquela função, assegurando a realização concreta das normas jurídicas. Neste contexto, de *execução dos planos legislativos*, cumpre realçar a afinidade existente entre o *sujeito-jurisdicional* e o *sujeito-administrativo*, já que neste sentido — mas somente neste sentido —

(202) Vd. G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., p. 55.

(203) A este propósito, G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., pp. 57 e 58) escreve precisamente o seguinte: «Der Gesetzgeber schießt gewissermaßen einen Pfeil in die Zukunft. Der Pfeil fliegt dahin; der Gesetzgeber bleibt an den Boden des “heute” gefesselt, von dem er den Pfeil abschießt. Inzwischen ist das “heute” ein “gestern” geworden. Die vom Gesetzgeber vorentworffene Zukunft bezieht sich nun auf eine Gegenwart, die keine mehr ist. Der Gesetzgeber normiert, indem er eine Rechtsnorm aufstellt, einen künftigen (hypothetischen) Tatbestand. Der Tatbestand wird in der Folge *wirklich*, womit er den Zeitsinn eines Gegenwärtigen annimmt. Wenn dann die Zeit kommt für die *Anwendung* der vom Gesetzgeber geschaffenen Norm, ist dieser Tatbestand Vergangenheit geworden».

(204) Com efeito, G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 58) diz a este propósito o seguinte: «Die skizzierten temporalen Entwicklungen (die für die enge Verflechtung der drei Zeitdimensionen Zeugnis ablegen) sind *ultra vires* des Gesetzgebers. Es ist evident, daß er, der den Typus eines “Zukunftsmenschen” repräsentiert, indem er auf die Tätigkeit des Planens beschränkt ist, nur eine Teilaufgabe im Leben der Gemeinschaft erfüllen kann».

a sua actuação se situa ao mesmo nível, uma vez que no estado de direito há uma clara separação entre a actividade criadora de direito e aquela que o aplica. De qualquer modo, a função do *sujeito-jurisdicional* é bem específica e, não necessitando de mais explicações, cumpre, contudo identificá-la, do ponto de vista da dimensão temporal, com o *sujeito-do-passado* ⁽²⁰⁵⁾. E, na verdade, cumpre notar que de entre os diversos actores principais do cenário do exercício dos poderes públicos — do *sujeito-administrativo*, do *sujeito-jurisdicional* e do *sujeito-legislativo* — o juiz é aquele que representa o tipo ideal do sujeito do passado. Contudo, tal não significa que ele viva exclusivamente no passado — e seja um sujeito que se afastou do hoje ao ponto de o presente lhe ser algo estranho. E, fazendo uma analogia entre o *sujeito-do-passado* e o *sujeito-jurisdicional*, quer-se tão-só dizer que a sua acção é motivada a partir do passado, *rectius*, o ponto de apoio da sua actuação reside em factos que decorreram no passado ⁽²⁰⁶⁾. E assim, exercendo a função que é administrar a justiça, ele anuncia, com força normativa, quais são as consequências jurídicas conexas com determinada situação. E os factos que incluem esta situação são factos dados, isto é, factos temporalmente pré-configurados e anteriores à sua actuação. São factos passados. E as próprias normas a aplicar, enquanto guias a seguir, estão também elas pré-estabelecidas, existindo também previamente a ele, não obstante continuarem a existir no presente. Enfim, ainda que o *sujeito-jurisdicional* actue na dimensão do presente, até porque está vinculado ao direito vigente e a normas que no «hoje» são consideradas justas, a sua acção tem uma relação muito forte com o passado, uma vez que está conectada, em todos os aspectos, com factos verificados no passado. Ao avaliar os factos ocorridos no passado, e não obstante projectar a sua actuação para presente, a actuação do *sujeito-jurisdicional* move-se dentro de um «mundo concluído» ⁽²⁰⁷⁾. E a par e passo vai-se manifestando

⁽²⁰⁵⁾ Enfim, G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 58) explica bem esta ideia quando afirma o seguinte: «Das Tun des Gesetzgebers zu ergänzen, ist primär Aufgabe des Richters. Bei der "Ergänzung" handelt es sich um eine Weiterführung der Gedanken, die der Gesetzgeber in Rechtsnormen niedergelegt hat. Diese Weiterführung hat den Sinn einer *Ausführung* der gesetzgeberischen Pläne. Insoweit besteht eine Verwandtschaft zwischen der Tätigkeit des Richters und der des Mannes der Exekutive, dem es obliegt, Normen des Rechts zur konkreten Durchsetzung zu bringen. Da sind aber grundsätzliche Unterschiede, die für den Juristen kaum der Hervorhebung bedürfen. (...). Der Richter ist ein Vergangenheitsmensch insofern als sein Handeln von der Vergangenheit her motiviert ist. Die Ansatzpunkte seines Tuns liegen in der Vergangenheit».

⁽²⁰⁶⁾ Neste sentido, vd. G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., pp. 59 e 60.

⁽²⁰⁷⁾ Assim, conclui G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., pp. 59 e 60) que «Indem das so ist, darf vom Richter gesagt werden, daß die Welt, in der er sich bei seiner richterlichen Tätigkeit bewegt, eine "fertige" Welt ist».

com restrição as perspectivas que o juiz tem perante o futuro. Com efeito, estando em tudo vinculado ao direito estabelecido e, por isso, estando vinculado a pré-decisões determinadas pelo legislador, o futuro do juiz surge bloqueado (ou não aberto), na medida em que tem de concretizar o plano para o futuro já determinado pelo legislador. Há, contudo, ainda aqui momentos de criatividade, na medida em que a via que conduz do plano à execução não é uma via meramente de dedução lógica. É, pelo contrário, uma via que perpassa o *tempo*. Vista assim, isto é, temporalmente, esta via traduz uma ponte que liga *o agora* da criação do plano com *o agora* da sua execução. Neste contexto, percebe-se que a ponte temporal dirigida em várias direcções, quer para o momento em que se estabelece o plano, indo para trás no momento da interpretação da norma, quer para a frente, isto é, voltando para diante no momento em que se aplica, permite assegurar uma realização sensata do plano. Assim, a via temporal que o *sujeito-jurisdicional* percorre no processo de aplicação do direito, reporta-se para o passado e para a situação histórica em que a norma surgiu. E segue uma direcção oposta àquela, sendo seguida para o hoje e para ao terreno em que ele administra a justiça, instaurando uma relação entre a norma e as coisas do presente ⁽²⁰⁸⁾.

É claro que, quando o planificador é também o executor, é possível configurar a revisão do plano na dimensão do presente, à luz da situação de facto actual, sendo que esta questão pode colocar-se no domínio da função administrativa e no contexto da actuação administrativa — tanto mais quanto se sabe da elasticidade e da flexibilidade da actuação do *sujeito-administrativo* ⁽²⁰⁹⁾. Ora, ao contrário, o *sujeito-jurisdicional* está enquadrado (com definitividade) pela norma jurídica e pelos factos. E neste sentido cumpre notar que o núcleo de qualquer decisão judiciária é restabelecer o *status* de igualdade, configurada em qualquer norma que é posta em causa pelo comportamento de um dos sujeitos da comunidade jurídica, sendo que a meta do *sujeito-jurisdicional* é restaurar, dentro do possível, o estado que subsistiria se a norma não tivesse sido violada. Em qualquer caso, quando o *sujeito-jurisdicional* actua, a ideia de restaurar e reintegrar o *status quo ante* revela-se como o motivo guia («leitendes Motiv») do seu agir ⁽²¹⁰⁾.

⁽²⁰⁸⁾ Neste sentido, G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., p. 60.

⁽²⁰⁹⁾ Assim, conclui G. HUSSERL, *Recht und Zeit...*, cit., pp. 59 e 61.

⁽²¹⁰⁾ Com efeito, escreve G. HUSSERL (*Recht und Zeit...*, cit., p. 62) o seguinte: «Den Kern aller richterlichen Tätigkeit bildet die Aufgabe, den durch das normfremde Verhalten eines Rechtsgenossen verletzten Status der Gleichheit wiederherzustellen. Es gilt den Zustand, der bestehen würde, wenn der Normbruch nicht begangen worden wäre, nach Maßgabe der Vorentscheidungen, die von der Rechtsgemeinschaft für einen solchen Fall getroffen wurden, im Rahmen des Möglichen herzustellen. Indem der Richter so vorgeht, erweist sich die Idee des *status quo* als leitendes Motiv seines Handelns».

E é neste contexto que se reconhece a legitimação dos poderes excepcionais de um *sujeito-jurisdicional-especial*. Assim, autorizado a agir a contra-tempo e legitimado a antecipar-se no tempo, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* vem colocar-se na dimensão do presente, e vem realizar a protecção das pretensões jurídicas que só existem na dimensão do instante. E assim, quando este actua com a missão de estabelecer a ponte entre passado e futuro, aquele assegura que, no momento em que o *sujeito-jurisdicional* vem exercer o seu poder estadual, a tutela jurisdicional efectiva do direito administrativo substantivo (incluindo o direito constitucional e europeu) ainda é possível. Colocando-se na dimensão do presente e realizando a protecção das pretensões jurídicas que só existem na dimensão do tempo presente, as *pretensões-jurídicas-urgentes*, ele completa a função do *sujeito-jurisdicional*, assegurando também a integral realização dos planos jurídicos do *sujeito-legislativo* nacional e europeu. Enfim, é neste quadro político-constitucional, que consideramos que, numa perspectiva objectiva, a *situação-de-urgência* pode condicionar o direito ao processo efectivo.

§ 2. A URGÊNCIA E O UNIVERSO JURÍDICO

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. A urgência. 2. A urgência e o direito. 3. A urgência e a perspectiva tridimensional do exercício de poderes estaduais

0. Introdução

Não se pode negar que, nas sociedades modernas, a urgência constitui uma das principais unidades de medida do tempo social. Todos os actores sociais falam de urgência, seja para exprimirem um pedido, seja para legitimarem comportamentos. A urgência surge como elemento inerente à eficácia de qualquer acção, e, opondo-se a promessa de acção diferida, reclama uma acção concreta e imediata. É, aliás, neste contexto social que se compreende que o *sujeito-legislativo* ou sujeito do futuro inclua, cada vez mais, no seu plano as *situações-de-urgência*, *id est*, situações que impõem aos *sujeitos-do-presente* uma necessária actuação prioritária de modo a obstar a uma ameaça de prejuízo ou dano juridicamente relevante. E é num contexto social de endeusamento das pretensões urgentes ou pretensões que só têm existência na dimensão do presente que surge legitimada a actuação do *sujeito-administrativo* e do *sujeito-jurisdicional-da-urgência*.

Na verdade, a legitimação social abrange tanto a acção administrativa urgente como a *decisão-de-urgência-judicial*, sendo que ambas são praticadas ao abrigo um regime jurídico distinto do ordinário, *maxime*, ao abrigo de uma

disciplina jurídica especial, que dispensa as formalidades procedimentais e adopta a simplificação e abreviação em detrimento de garantias procedimentais, incluindo garantias de participação e contraditório. A *acção-urgente-administrativa* e a *acção-judicial-urgente* só se compreendem bem tendo por pano de fundo uma sociedade que passa por um processo de transformação séria também ao nível cultural, *id est*, por uma sociedade em metamorfose de valores, «nos termos da qual a preferência pelo presente surge à custa da desvalorização do futuro» (211). Aliás, se a urgência é tradicionalmente tida como uma categoria extraordinária e excepcional, aquilo que hoje se revela como realmente novo é somente o facto de ela constituir uma modalidade temporal de acção ordinária. Dizem os sociólogos que a preferência pelo *hoje* em detrimento do *dever* se explica por referência a uma *ideia de imprevisto* ou de *incerteza* ou por referência a uma lógica que exprime uma dupla incapacidade do homem: a de reprimir a sua necessidade do futuro e a de configurar o futuro. É, pois, neste cenário das *sociedades de desconfiança* ou de risco que se percebe que o «estado de urgência tenda a tornar-se o estado normal» (212), sendo que o direito (incluindo o direito processual) não pode alhear-se desse contexto social (1.).

Como o direito é um fenómeno social, algumas das ideias traçadas em torno e por causa da urgência, e em torno da relação radical dos homens com o tempo, fazem todo o sentido quando aferidas no universo jurídico. O carácter excepcional e extraordinário que a tutela de urgência já possuiu, em tempos, vai sendo, pouco a pouco, substituído. E, por conseguinte, também no plano do direito, a urgência corresponde, cada vez mais, a uma categoria ordinária de acção dos poderes estaduais, a começar pelo legislador, que tende a incluir nos seus planos sobre o futuro as situações de urgência, prevendo para elas mecanismos prioritários de actuação administrativa e judicial. E ela tem também mais relevância no exercício do poder administrativo e no exercício do poder jurisdicional — não obstante a urgência não ter ainda cativado a devida atenção dos juristas (213) (2.).

(211) Neste sentido, Z. LAÏB («L'urgence...», cit., pp. 8 a 20) escreve o seguinte a propósito da urgência: «Elle ne saurait non plus s'expliquer par une «accélération du temps», indiscutable, mais toujours relative. Il faut donc essayer de pousser le raisonnement en peu plus loin et se demander si l'urgence n'exprimerait pas une mutation culturelle où la préférence pour le présent se traduirait par une dévalorisation de l'avenir. Si cette hypothèse était la bonne, il faudrait alors penser l'urgence non comme une «dérive» découlant d'une maîtrise insatisfaisante des technologies pas de notre capacité à penser les problèmes sur long terme, mais peut-être comme une mutation culturelle de première grandeur».

(212) Neste sentido, vd. U. BECK, *Risk Society...*, cit., p. 79.

(213) Na verdade, a ciência jurídica francesa tem-lhe dado uma atenção especial. Cumpre enunciar os textos de C. GABOLDE, *Essai sur la notion d'urgence en droit administratif*, thèse,

Na verdade, de difícil definição uniforme — *rectius*, de impossível definição uniforme ⁽²¹⁴⁾ —, o conceito de urgência tem relevância em determinados domínios do direito e tem também significados distintos no mundo do direito público ⁽²¹⁵⁾. Em qualquer caso, no domínio do jurídico-processual, a urgência, não obstante ser uma unidade de medida do jurídico, surgiu tradicionalmente como situação ampla que pouco a pouco foi sendo reduzida à *urgência-provisória*, urgência funcional ou urgência cautelar e a figuras instrumentais e acessórias que só ganhavam sentido quando enquadradas no princípio da tutela jurisdicional efectiva. Na construção clássica, ainda prévia a CHIOVENDA, a urgência corresponde a uma «situação de perigo que ameaça a plena e efectiva actuação do Direito» e traduz a situação de necessidade de obstar à produção de um «dano irreparável» ⁽²¹⁶⁾. Mais tarde, fundamentalmente com CALAMANDREI, a urgência é associada a *periculum in mora* e este traduz simplesmente o prejuízo ou «dano marginal» que decorre apenas da demora do processo para a efectividade desse processo. Aliás, a urgência ou *periculum in mora* do universo jurídico latino tradicional correspondia à urgência em sentido restrito do sistema francês ou alemão. A ciência jurídica francesa e a ciência jurídica alemã empregavam o termo urgência adicionando-lhe um vocábulo qualitativo para reduzir o conceito de urgência, de onde resultava a expressão «urgência em sentido estrito». Estes conceitos estão, contudo, parcialmente ultrapassados. As realidades da sociedade moderna fizeram substituir a urgência provisória ou meramente cautelar pela *urgência-aceleração* na prolação de decisões judiciais de mérito. Logo, a urgência que anda associada

Paris, 1951; IDEM, «L'exception d'urgence en droit administratif», RD.Ch., 1952, pp. 41 a 44; P.-L. FRIER, *L'urgence*, Paris, 1987; G. PAMBOU-TCHIVOUNDA, «Recherche sur l'urgence en droit administrative français», RDP, 1983, pp. 81 a 133; O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant des juridictions administratives*, Paris, 1991. E quanto à ciência jurídica belga, cumpre destacar os trabalhos de G. BOLAND, «La notion d'urgence dans la jurisprudence du Conseil d'État de Belgique», in: *Le fait et le droit, Études de logique juridique*, Bruxelles, 1961, pp. 175 a 190; A. V. STICHELE, *La notion d'urgence en droit public*, Bruxelles, 1986, esp. pp. 121 ss.; M. M. VASSEUR, «Urgence et droit civil», RTDC, 1954, pp. 28 ss.; M. GNES, «I limiti del potere d'urgenza», RtdP (3), 2005, pp. 641 ss.

⁽²¹⁴⁾ Neste sentido, não obstante proporem uma definição aproximativa, vd. G. PAMBOU-TCHIVOUNDA, «Recherche sur l'urgence...», cit., p. 97; O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 305 ss., esp. pp. 327 a ss.; A. V. STICHELE, *La notion d'urgence...*, cit., p. 121.

⁽²¹⁵⁾ Neste sentido, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra, 1992, pp. 148 ss.

⁽²¹⁶⁾ A este propósito, vd. A. DIANA («Le misure conservative interinali»), publicado in: *Studi Senesi*, Torino, 1909, pp. 210 a 254), um texto que marca, de facto, o estado da reflexão processual-civilista italiana do início do século XX. Nele, o autor cita abundantemente a dogmática alemã, incluindo H. K. BRIEGLER (*Einleitung in die Theorie des summarischen Processes*, Leipzig, 1859) e WACH (*Der italienische Arrestprocess*, Leipzig, 1868).

ao direito ao processo efectivo tem de ser alargada à urgência que anda associada ao processo temporalmente justo (3.).

1. A urgência

Na verdade, muito mais do que um problema de «aceleração do tempo», a sociedade tecnológica endeusa o presente, tanto mais quanto o futuro aparece como promessa recheada de fragilidade e incerteza. Acontece, pois, a sobrecarga do presente em detrimento do futuro. E esta dimensão do tempo acumulará também as responsabilidades temporais do passado, do presente e do futuro. Assim, a urgência não é senão a tradução social da sobrecarga do presente que emerge do facto de os sujeitos radicalizarem a sua relação com o tempo. Por *radicalização* da relação entre os sujeitos e o tempo é preciso entender-se também o desmembramento do tempo que surge da intromissão do futuro no presente. A exigência do «imediatamente» e a recusa em aceitar a «realização diferida de algo» reflecte esta realidade. «L'urgence ne nie donc pas le temps», como afirma LAÏDI, «elle le surcharge d'exigences dans la seule immédiate»⁽²¹⁷⁾. Exprimindo uma necessidade de acção, as sociedades modernas vão-se construindo a partir dos contrários entre o real e o simbólico imediato. Ganhando este, a urgência contribui para acelerar a destruição do futuro⁽²¹⁸⁾.

No contexto francês, a história do conceito de urgência não é muito clara. O termo aparece no século XVIII, a sua utilização não acontece senão no final do século XIX, mas é no século XX que se empregará com frequência. Aliás, durante muito tempo, o vocábulo urgência tem um domínio de aplicação exclusivamente hospitalar, onde naturalmente existem os serviços de urgência, que respondem às situações que não podem aguardar um adiamento, já que têm de ser atendidas rapidamente. É o caso das situações de catástrofe que exigem um serviço de emergência médica extraordinário e é o caso de todas as outras situações de funcionamento normal do serviço de urgência que apelam a um sistema de triagem de prioridades clínicas, através dos quais se identifica a gravidade, se indica a prioridade e o respectivo tempo alvo recomendado até à observação médica. O contexto médico é sempre um bom exemplo para se falar de urgência, não obstante, também aqui, ser impossível aferir com objectividade a urgência. Assim acontece principal-

(217) Neste sentido, Z. LAÏD, «L'urgence...», cit., p. 3.

(218) Neste sentido, Z. LAÏD («L'urgence...», cit., p. 3) escreve que «l'urgence contribue ainsi puissamment au développement d'un "conditionnement social sur le mode de l'immédiate" qui rompt avec un lent et long apprentissage d'un "conditionnement social perspectiviste"».

mente no contexto do diagnóstico tradicional, nos termos do qual haveria impossibilidade de definir objectiva e matematicamente a situação de urgência. Enfim, a urgência não combina nada bem com objectividade — não obstante, termos de reconhecer, que essa objectividade vai surgindo pela implementação de sistemas de triagem de prioridades na urgência. Falamos, por exemplo do sistema de Manchester ⁽²¹⁹⁾.

Ainda assim, a urgência pressupõe sempre uma relação subjectiva de alguém com o tempo. Exprime inquietação perante um futuro imediato caracterizado de incerteza e pelo risco, que não pode ser, sequer, avaliado serenamente. E a inquietação é acompanhada de uma irresistível necessidade de obter imediatamente uma resposta técnica do serviço que para o efeito existe. No contexto médico, esse serviço é o de urgência. E tal serviço tem um sentido analógico forte. A entrada no serviço reenvia para uma situação de natureza excepcional, que faz despoletar um conjunto de mecanismos e de dispositivos de acção especiais e faz parar um conjunto de procedimentos e instituições de matriz ordinária. Claro está que a generalização desta lógica da urgência destruiria as estruturas e os recursos das instituições, uma vez que os serviços são pensados para casos excepcionais, que dificilmente se coadunam com uma invasão de pedidos urgentes.

Ora, neste contexto social, cumpre, pois, perceber que tradicionalmente a urgência é tida como uma categoria extraordinária e excepcional. Contudo,

⁽²¹⁹⁾ Estamos a falar do um específico sistema de Triagem de Prioridades na Urgência, conhecido por sistema de Manchester. Com efeito, mais recentemente, um pouco por todo o território europeu, tem-se vindo a implementar nos serviços de saúde este sistema de triagem, cuja concretização pressupõe um procedimento tendencialmente objectivo que se inicia com a queixa e com a aplicação de um fluxograma de decisão que contém questões sistematizadas, tendo em conta as situações previsíveis (os discriminadores, que podem ser mais específicos ou menos, conforme o domínio da pesquisa se resumir, por exemplo, à oftalmologia ou as situações gerais, que envolvem a dor, a hemorragia, o perigo de vida, ou o estado de consciência). E de acordo com a identificação do discriminador relevante e através das perguntas do algoritmo que tem resposta positiva é fácil determinar a prioridade clínica, fazendo aplicar a respectiva cor de identificação. Ora, este sistema classifica o utente do serviço de urgência de saúde e integra-o numa das cinco categorias identificadas por um número, nome, cor e tempo alvo (que o paciente pode suportar para aguardar) a observação médica inicial. Assim, o número 1 corresponde a emergente, vermelho, 0 minutos; o 2 corresponde a muito urgente, laranja, 10 minutos; o 3 corresponde a urgente, amarelo, 60 minutos; o 4 corresponde a pouco urgente, verde, 120 minutos e, finalmente o 5, corresponde a não urgente, azul, 240 minutos. Enfim, este sistema de triagem permite, pois, a substituição da avaliação subjectiva pela disciplina de aplicação de algoritmo, sendo que o mecanismo insere mecanismos de segurança, em termos que seja possível corrigir situações de erro de diagnóstico, no sentido de que o tempo de espera seja reajustado à urgência da situação de carência. Sobre este assunto, vd. K. MACKAWAY-JONES, «Emergency Triage», *BMJ*, 1997; P. G. ZIMMERMANN, «The case for a universal, valid, reliable 5 tier triage acuity scale for US emergency departments», *JEN* (June), 2001.

como apontam os teóricos, aquilo que, hoje, se apresenta como novo é, sem dúvida alguma, o facto de a urgência se ter transformado numa modalidade temporal ordinária de acção generalizada. No contexto das sociedades tecnológicas, a urgência assume-se, assim, como «intimação social generalizada de acção imediata», produzindo três tipos de efeitos relativamente negativos: o da «evicção do tempo longo», isto é, o de protelar continuamente um estado actual, o de ser um «entrave à realização e à concretização das medidas adequadas de tempo longo», afastando a ideia de planeamento, e o do investimento da «oferta de urgência», que «conduz à generalização da procura da urgência» e à generalização de mecanismos temporários de oferta ⁽²²⁰⁾. Como explicar este fenómeno? Como se apontou nas considerações introdutórias, a urgência talvez traduza um semblante de imprevisto, que exprime uma dupla incapacidade do homem actual: a de reprimir a sua necessidade do futuro e a de configurar o próprio futuro.

Voltando um pouco atrás e pegando no fio da meada a propósito da desvalorização do futuro, cumpre verificar que este futuro não é somente preterido pela sociedade tecnológica. Ele é cada vez mais desconhecido e receado, apresentando-se recheado de perigos e riscos. E a necessidade do tratamento do medo colectivo tornou-se uma prioridade do Estado moderno. Se no século XIX a protecção proporcionada pelo Estado Liberal assume um carácter minimalista, numa lógica de garantia generalizada de sobrevivência, deixando à esfera privada — harmonizada pela mão invisível — a gestão das condições materiais de existência, em compensação, no século XX, o Estado-providência toma a seu cargo não somente a simples sobrevivência dos cidadãos, mas também a sua qualidade de vida e bem-estar. E, assim, continuando o mesmo raciocínio, se no modelo de Estado Liberal e no quadro de uma filosofia não intervencionista dos poderes públicos na vida da sociedade, encontramos a primeira geração dos direitos do homem — as liberdades individuais e os direitos civis e políticos, designadamente a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, o direito de propriedade privada, o direito de voto — que exigiam protecção perante e contra o Estado, já no quadro do Estado Social são os direitos sociais, designadamente o direito ao trabalho, à saúde, à educação, que são a segunda geração dos direitos humanos, que ganham relevância. Contudo, a defesa destes direitos exigia, agora, a actuação do Estado, principalmente através da Administração.

Ora, não sendo próprio da sociedade liberal do século XIX, é, contudo, no seu cenário que o risco se revela: o risco assume-se como forma de «acidente: acontecimento exterior e imprevisto, acaso, golpe do destino, [sendo]

(220) Neste sentido, Z. LAÏD, «L'urgence...», cit., p. 4.

simultaneamente exterior e repentino» (221). Nesta dimensão, a melhor forma de precaver é a lógica da *previdência burguesa* de subscrição de um seguro individual. Ao mesmo tempo, e produzido o dano, o instituto de responsabilidade civil assegura a compensação pelo *risco-acidente* (222). É, porém, no quadro da Administração «Infra-estrutural» que o risco se intensifica. Alargando o domínio das suas missões aos domínios económico, social e cultural, o *Estado propulsor* — intervencionista, estratega e dirigente ou Estado de Administração (223) — garante também uma protecção generalizada perante todo o tipo de risco. Neste contexto, entramos na (apelidada) *segunda fase da história do risco*. Este é algo menos do que fruto de um golpe do destino, como escreve F. OST, e passa a ser mais um acontecimento estatisticamente objectivado pelo cálculo das probabilidades (224). É também nesta fase que aparece a noção de prevenção (225). Esta entende-se como «atitude colectiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco — um risco [que doravante se poderá objectivar e mensurar]» (226). É no contexto de um Estado Social e de uma sociedade assistencial, num contexto de desenvolvimento tecnológico e técnico, que a prevenção, segundo F. EWALD, se assume como multifacetada: prevenção de doenças, prevenção dos crimes, prevenção dos acidentes, prevenção da miséria e da insegurança social (227). Neste ambiente, o risco é socialmente suportável pela *mutualização* da responsabilidade pelos danos. Estes são doravante apreendidos não tanto na lógica da culpa e da responsabilidade subjectiva, mas fundamentalmente na perspectiva objectiva, na perspectiva de não deixar sem compensação a vítima lesada. Em suma, recorrendo às palavras de F. OST: «nunca uma sociedade se aproximou tanto da promessa de felicidade social como essa sociedade providencial do risco dominado» (228). Contudo, a promessa ficou por realizar. E o modelo entrou em crise: «a sociedade assistencial

(221) Neste sentido, vd. F. OST, *O tempo...*, cit., p. 343.

(222) Também neste sentido, vd. F. OST, *O tempo...*, cit., p. 343.

(223) A este propósito, vd. V. PEREIRA DA SILVA, *Verde...*, cit., pp. 22 e 23. O Estado desenvolve em todos os sectores das políticas públicas programas finalizados com vista a atingir os objectivos que lhe parecem conformes à sua visão construtiva do interesse geral. Neste sentido, a felicidade social dependerá não só da criação de emprego mas também da divisão de lucros, obrigará à estimulação da economia e não só a arbitrar os seus jogos, exigirá o desenvolvimento do ensino, da cultura e da saúde pública.

(224) Neste sentido, vd. F. OST, *O tempo...*, cit., p. 343.

(225) Seguimos, pois, o raciocínio de F. OST, *O tempo...*, cit., p. 344.

(226) Continuamos a seguir o raciocínio de F. OST, *O tempo...*, cit., p. 344.

(227) F. EWALD, «Philosophie de la précaution», *L'Année sociologique* (Vol. 46, 2), 1996, p. 384.

(228) Continuando, seguimos F. OST, *O tempo...*, cit., p. 344.

desagregou-se, a ciência e a lei são atingidas pela dúvida, o mercado e a privatização triunfam, ao mesmo tempo que o medo regressa» (229). Por causa do fenómeno de desemprego em massa, estrutural e de longa duração, com consequente redução dos que descontam e aumento dos que beneficiam, ou simplesmente devido a uma crise ideológica — «avaria da imaginação social» (230) — traduzida na ausência de representação do futuro, o facto é que o Estado-providência foi dando lugar à «sociedade de risco» (231).

Nesta *terceira fase da história do risco*, este assume um outro rosto e uma outra escala, contornando os tradicionais instrumentos de prevenção. Esta fase é a do risco enorme — «catastrófico», irreversível, pouco previsível — que frustra a nossa capacidade de prevenção e domínio. É a incerteza ao quadrado, uma incerteza que resulta como efeito secundário da nossa acção, que passa a caracterizar a nossa era do risco. Com efeito, LUHMANN e BECK, dois teóricos da sociedade de risco, afirmam que o risco é um produto derivado, um efeito perverso ou secundário, da nossa própria decisão e acção (distinguindo-se do perigo, que é algo de exterior) (232). Estes «efeitos desconhecidos e inesperados», decorrentes das opções técnicas, passaram a ser na sociedade de risco «a força dominante». Enfim, a sociedade do risco é uma sociedade que se põe a si própria em perigo: basta pensar nos riscos para a saúde pública que resultam das transfusões de sangue contaminado, do risco alimentar provocado pela doença das vacas loucas, dos riscos ambientais provocados pelas centrais nucleares, pelo aquecimento climático e pela destruição da camada do ozono. E no centro das preocupações reinstala-se o medo. Na sociedade de risco, o risco mudou de natureza e de escala, demasiado generalizado (risco social e planetário) e por isso não segurável, demasiado grande (risco tecnológico) e, por isso, incalculável e completamente «desconhecido» (233). O risco actual, da sociedade *multi-risco*, é, pois, global, *transgeracional* e não identificado — na medida em que a sua definição é ela própria dependente do estado da técnica e dos conhecimentos científicos e das opções políticas e jurídicas dentro daquilo que se pode considerar como risco aceitável e inaceitável. Invocando a síntese de F. OST: «este risco é, pois, duplamente reflexivo: produto das nossas opções tecnológicas, é também fruto dos nossos modelos científicos e dos nossos juízos normativos» (234).

(229) Mais uma vez, seguimos F. OST, *O tempo...*, cit., p. 337.

(230) P. ROSANVALLON, *La Crise de l'État-providence*, Paris, 1981, pp. 35 e 36.

(231) U. BECK, *Risk Society. Towards a new modernity*, Londres, 1992.

(232) N. LUHMANN, *Risk: a Sociological theory*, Berlin, 1993, p. 25, e U. BECK, *Risk Society...*, cit., p. 20.

(233) CARLA AMADO GOMES, «Le risque...», cit., pp. 283 ss.

(234) F. EWALD, «Philosophie de la précaution...», cit., p. 402.

Sem figura, logrando a capacidade de avaliação e desencorajando à concretização de modelos de garantia e responsabilização, pergunta-se, pois, como poderá precaver-se a sociedade de risco. Ora, por exemplo, no domínio ambiental, na impossibilidade de a ciência dar uma resposta segura, cumpre ao direito intervir, obrigando à formação de «*juízos normativos de cientificidade*» (235), em favor de intervenções administrativas cautas. Como sintetiza COLAÇO ANTUNES, exprimindo uma preocupação eminentemente ambiental, «perante a incerteza científica» (236), cumpre ao Direito e aos seus operadores encontrar soluções jurídico-ambientais-aceitáveis. Sobrevalorizando a protecção das gerações vindouras, por exemplo, H. JONAS propõe «a heurística do medo», aconselhando a que, em alguns casos, se formule o pior dos cenários para que daí resulte a obrigação de procurar saber (o princípio da prevenção) qual a possibilidade de risco e em caso de incerteza sobre tal possibilidade e sobre a gravidade do risco, a obrigação de se abster e de redobrar os cuidados (princípio de precaução) (237).

No contexto da urgência, correspondente à situação de perigo e de risco, a prevenção e a precaução são, pois, inevitáveis. Com efeito, num primeiro momento o *sujeito-legislativo*, depois o *sujeito-administrativo* e finalmente o *sujeito-jurisdicional*, a precaução obriga a medidas redobradas de cuidado, mesmo quando não há provas concludentes sobre a relação de causalidade entre determinada iniciativa humana e os seus efeitos negativos sobre o ambiente, a saúde pública e outros valores e bens de igual valor constitucional. O princípio da precaução surge, assim, como a forma contemporânea de prudência face a um risco transformado (238). O princípio da precaução convida, pois, ao cepticismo: doravante, a ciência, atingida pela dúvida, deve reconhecer que perdeu o monopólio da verdade, devendo seguir «o princípio da desconfiança». Para evitar as irreversibilidades catastróficas é necessário que a ciência preste mais atenção às hipóteses marginais e residuais e ao falível, de modo a aprender com as decisões que só em outro estado da ciência se reconhece como decisão errada. Enfim, o risco secundário, que escapa ao saber e que obriga à opção reversível, altera profundamente a nossa capacidade

(235) M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura (Ecologia e filosofia del diritto)*, Torino, 1996, p. 311.

(236) L. F. COLAÇO ANTUNES, «O princípio da precaução: um novo critério jurisprudencial do juiz administrativo», in: *Para um Direito Administrativo da Garantia do Cidadão e da Administração. Tradição e Reforma*, Coimbra, 2000, p. 104.

(237) *Apud* F. OST, *O tempo...*, cit., p. 343; H. JONAS, *Le Principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, 1990, pp. 49 ss.

(238) Neste sentido, M. GNES, «I limiti del potere d'urgenza...», cit., p. 654; M. FRANC, «Traitement juridique du risque et principe de précaution», REDP (46), 2003, pp. 59 ss.

para dominar o futuro, tanto mais que a sociedade não pode deixar de escolher e de avançar. O futuro apresenta-se, de facto, bem frágil ⁽²³⁹⁾. E, por isso, nas sociedades de risco, como escreveu U. BECK, «o estado de urgência tende a tornar-se o estado normal» ⁽²⁴⁰⁾.

2. A urgência e o direito

O direito é, pois, chamado a intervir e a urgência ganha relevância jurídica, passando, pois, a ser pensada e concebida pelo Direito. Constituindo uma categoria de acção reconhecida pelo direito material e pelo direito processual, a sua definição apresenta, contudo, um grau enorme de dificuldade que escapa à lógica matemática. A urgência é, na verdade, um conceito com múltiplos termos. E, por isso, sendo quase impossível apresentar uma noção unívoca de urgência para o universo jurídico, esta procura é um constante e renovado desafio para os juristas ⁽²⁴¹⁾. Tradicionalmente, a urgência era vista como categoria estranha ao universo jurídico. Por exemplo, JESTAZ considerou que o conceito padeceria de *ajuridicidade*, tendo-o concebido como conceito «a-jurídico» ⁽²⁴²⁾. Por seu lado, FRIER veio tentar provar que, à semelhança de outros conceitos de direito público, que não podem ser definidos senão aproximadamente — «*en termes de seuil*» —, a urgência é passível de razoável definição (ou é, pelo menos, «*définissable avec une précision suffisante*» ⁽²⁴³⁾).

Enfim, cumpre reforçar que no centro da *situação-de-urgência* está tanto «o perigo e a ameaça de dano» ⁽²⁴⁴⁾ como a «necessidade de agir» para obstar à consumação do prejuízo ou ameaça de dano ⁽²⁴⁵⁾, sendo certo que a

⁽²³⁹⁾ V. SOROMENHO-MARQUES, *O Futuro frágil: os desafios da crise global do ambiente*, Lisboa, 1998.

⁽²⁴⁰⁾ U. BECK, *Risk Society...*, cit., p. 79.

⁽²⁴¹⁾ Neste sentido, G. DE LEVAL/J. VAN COMPENOLLE («La notion d'urgence défie les systématisations doctrinales», *L'évolutions du référé: mutation ou renouveau*», J. T., 1985, p. 518) apud A. V. STICHELE, *La notion d'urgence...*, cit., p. 138. No mesmo sentido, vd. L. GIANNITI/P. STELLA RICHTER, «Urgenza (diritto pubblico)», Enc. Dir., XLV, Milano, 1992, p. 902; M. GNES, «I limiti del potere d'urgenza...», cit., p. 646.

⁽²⁴²⁾ A este propósito, vd. P. JESTAZ, *L'urgence ...*, cit., p. 8.

⁽²⁴³⁾ A este propósito, P.-L. FRIER (*L'urgence...*, cit., p. 56) escreve: «Les différentes données qu'elle inclut, l'importance du facteur temps qui lui est inhérent et qui répond d'ailleurs à des règles cohérentes, sa place parmi ces éléments juridiques que doit respecter la puissance publique dans son action, le décalage entre les devoirs et les pouvoirs d'urgence son caractérisés. Elle peut, donc, être cernée avec clarté et être distinguée d'autres notions avec lesquelles elle est souvent confondue».

⁽²⁴⁴⁾ Realçando apenas este aspecto, vd. A. V. STICHELE, *La notion d'urgence...*, cit., p. 122.

⁽²⁴⁵⁾ G. PAMBOU-TCHIVOUNDA («Recherche sur l'urgence...», cit., p. 87) considera que «l'urgence n'apparaît vraiment que lorsqu'il n'y a plus temps à perdre ou égard à la décision à

estes pressupostos acresce um elemento temporal caracterizador que atinge ambos os pressupostos. De resto, a *situação-de-urgência* pressupõe a ameaça de dano ou prejuízo, sendo que estes conceitos apelam a qualificações de coloração jurídica. O dano tem que ter relevância jurídica, pressupondo a irreparabilidade e ou a irreversibilidade.

Assim, quer se considere que a urgência se aprecia antes (e para além) da necessidade de acção, quer se realce o conjunto, a verdade é que para que se configure a *situação-de-urgência* é preciso que o perigo seja ele próprio grave, tendo em conta a natureza dos interesses ameaçados, e que o afastamento deste perigo obrigue a uma intervenção sem demora. A ameaça de prejuízo está de qualquer modo relacionada com o tempo. Com efeito, quem fala em urgência fala em tempo, em período breve de tempo, em prazo e em dimensão de tempo curto, em termos que a urgência não aparece senão quando se entende que não pode perder-se tempo algum para praticar uma acção que obste à consolidação do perigo que se teme. Em contas mais ou menos simples, a urgência é um contexto, um clima, um ambiente que suscita por si só um comportamento necessário para preservar um interesse, um interesse geral e ou um interesse particular ameaçado ⁽²⁴⁶⁾. E a *situação-de-urgência* é normalmente aferida (ou valorada) num contexto de normalidade, mas que se destaca por fugir à normalidade, em termos que, nesse quadro de normalidade, ela corresponde a uma situação em relação à qual se espera que, de acordo com as regras de probabilidade, aconteça um prejuízo — um prejuízo que vulgarmente é qualificado como sendo irreparável ou de muito difícil reparação.

De resto, a urgência tem inúmeras manifestações no universo jurídico, que podem ser objecto de recensão mas não de síntese ⁽²⁴⁷⁾. Cumpre é que aos olhos do direito tal interesse ameaçado seja digno de protecção. Na verdade, como escreve um autor francês, «*si tout intérêt pressant ne constitue pas l'urgence, tout intérêt important ne constitue pas pour autant un intérêt pressant*» ⁽²⁴⁸⁾. Enfim, quanto possível, a noção de urgência pressupõe que uma demora na concretização de uma acção é de molde a criar um prejuízo, como

prendre pour répondre à une situation peu commune. Pour tout dire, l'urgence c'est un contexte, un climat, une ambiance qui suscitent par eux-mêmes un comportement approprié à la préservation d'un intérêt (général et/ou particulier) menacé».

⁽²⁴⁶⁾ Considerando como elemento essencial da definição de urgência, G. PAMBOU-TCHIVOUNDA («Recherche sur l'urgence...», cit., p. 87) escreve que «les actions ou les procédures d'urgence obéissent toutes à une seule et même exigence, celle de la nécessité laquelle, en pareille occurrence "fait loi". La nécessité est le véritable fondement de l'urgence».

⁽²⁴⁷⁾ Neste sentido, vd. G. DUPUIS, Prefácio a P.-L. FRIER, *l'urgence...*, cit., p. II.

⁽²⁴⁸⁾ Neste sentido, vd. A. V. STICHELE, *La notion d'urgence...*, cit., p. 124.

escreve P. COSSA — «aussi largement qu'elle soit comprise, la notion d'urgence suppose qu'un retard dans la décision à intervenir entraînerait en fait un préjudice» ⁽²⁴⁹⁾.

Ao longo dos textos franceses, há uma afirmação constante sobre o carácter incerto e contingente da urgência — o que levou DUPUIS a afirmar que «poucas noções são assim tão vagas ⁽²⁵⁰⁾. E as disposições legais traduzem normalmente esta indeterminação. Na verdade, a acção urgente é acolhida em diferentes ramos do direito substantivo e processual. Cabe, em primeiro lugar, ao *sujeito-legislativo*, enquanto *sujeito-do-futuro* ou poder estadual que planeia, prever mecanismos de segurança que permitam ao *sujeito-do-presente* actuar quando estas situações se configurem. Assim, tipificando-as ou deixando na lei espaços de manobra para a sua apreciação, o *sujeito-legislativo* prevê e deve prever *situações-de-urgência*, entendidas em sentido amplo, enquanto situações que carecem de acção administrativa urgente, podendo qualificar tais situações, quer em termos de intensidade da urgência, quer em termos de desvio que a mesma pode configurar e impor perante a forma e as formalidades procedimentais comuns (2.1.). E o mesmo acontece em casos de situação de urgência que exigem uma *acção-de-urgência-processual*. É ao *sujeito-legislativo* que cabe contextualizar (e tipificar em alguns casos) as situações em que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* pode intervir, devendo prever em que termos a intensidade da urgência determina a dispensa da forma procedimental e das formalidades a observar (2.2.).

2.1. No contexto do exercício do poder administrativo, a urgência pode apresentar-se de variada forma. E, considerando até a configuração das situações de urgência nos textos da lei em modelos de direito comparado, os conceitos que se empregam na lei, de «estado de necessidade», de «urgência absoluta», de «circunstâncias excepcionais», de «expropriação por urgentíssima necessidade» não são senão diferentes graus de uma urgência que pode ser entendida em sentido amplo e de uma urgência que é tratada por diferente tipo de disciplina, sendo que uma assume um carácter mais excepcional que outra. Com efeito, temos para nós que a urgência pode revelar-se com diferente grau de intensidade e o prejuízo que causa à normalidade jurídica pode ser mais ou menos grave, em termos que o carácter de excepção da urgência pode conduzir, em certas situações, a uma maior limitação dos direitos e liberdades dos particulares. De resto, a acção urgente pode ser reconduzida

⁽²⁴⁹⁾ Neste sentido, P. COSSA, «L'urgence en matière de référé», Gaz. Pal. (II-Doctrine), 1955, p. 55.

⁽²⁵⁰⁾ Neste sentido, vd. A. V. STICHELE, *La notion d'urgence...*, cit., p. 122.

tanto à figura do estado de necessidade como à da *situação-de-urgência* menos absoluta.

Contudo, cumpre notar que, entre nós, estas categorias não estão muito trabalhadas. Enfim, faz falta, pois, um estudo sistemático sobre os tipos de acção urgente administrativa que, partindo da ideia de urgência em sentido amplo, e tendo por base critérios, estabeleça tipos de actividade administrativa por referência às diversas situações e ao peso e à graduação variáveis da intensidade da urgência e dos desvios ao regime tido por ordinário, bem como tenha em conta a amplitude de poderes que, nos diferentes casos, é atribuído aos poderes estaduais, *maxime*, no que agora nos diz respeito, ao *sujeito-administrativo* (251). De resto, entre nós, considera-se tradicionalmente que o estado de necessidade se distingue da figura da urgência administrativa. Neste contexto, afirmando que as duas figuras começam por ter características comuns, a doutrina faz questão de as distinguir, começando por dizer que tanto uma como outra «se integram globalmente em áreas de casuística variada

(251) Há, sem dúvida, situações em que a urgência surge com a sua máxima graduação em circunstâncias excepcionais de guerra, de grave perturbação da ordem constitucional ou de calamidade pública, quando se verifiquem os pressupostos para a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência. Como escreve VIEIRA DE ANDRADE, nestes casos, «é a própria ordem legal substantiva que está em causa, admitindo-se um ordenamento de necessidade, que pode implicar mesmo a suspensão de direitos fundamentais dos cidadãos. Por maioria de razão poderá ser suspensa a aplicação de preceitos de forma, como o que impõe a obrigatoriedade de fundamentação de actos, desde que tal se mostre necessário». Mas, há outras situações de urgência, menos graves, em que a imperiosidade de realização do interesse público não se compeadece com o cumprimento das formas, formalidades ou trâmites normais da actuação administrativa. Contudo, como escreve VIEIRA DE ANDRADE, «não está em causa aqui, na maior parte dos casos — ou pelo menos não está em causa directamente ou principalmente —, a correlação material de interesses públicos e privados e, em especial, não se visa restringir o estatuto jurídico dos particulares. A subversão da ordem estabelecida dá-se no domínio das competências ou das formas, para obter um *resultado* que não seria em circunstâncias normais anti-jurídico. Para referir estas situações falam alguns autores de «estado de necessidade administrativa», outros de «urgência absoluta». É principalmente a estas situações de urgência, em que não está em risco o regular funcionamento das instituições que se refere VIEIRA DE ANDRADE quando fala de «impraticabilidade da fundamentação expressa de actos urgentes. São situações em que a satisfação do interesse público exige medidas imediatas, incompatíveis com a investigação dos factos e as ponderações cuidadas que a fundamentação pressupõe, designadamente quando se enfrenta um perigo grave e iminente através de medidas de polícia, mas também em outros tipos de casos. Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever da fundamentação...*, cit., pp. 148 ss.; p. 149, nota 115, onde afirma também que tais actos são praticados no uso de poderes previstos legalmente para situações de excepção (actos de necessidade), outras vezes, serão actos comuns praticados em circunstâncias especiais, que poderão ser até de perigo para a vida, saúde ou propriedade de particulares. De qualquer modo, em situações semelhantes às indicadas «a urgência pode funcionar como limite da obrigatoriedade de fundamentação, restringindo o seu âmbito».

e pouco conhecida, determinada pela natureza versátil e pela plasticidade dos factos que lhe subjazem e que, por isso mesmo, assumem contornos variados, sendo insusceptível de tratamento jurídico uniforme. Por outro lado, quer o estado de necessidade quer a urgência importam, quando configurados na realidade, a legitimação de actuações que, à luz das normas consagradas para os casos-regra, seriam inválidas» (252). Assim, unidas por estes aspectos referenciados, elas correspondem, contudo, para os autores, a categorias distintas, porquanto estão sujeitas a regimes jurídicos diversos. E, assim, por outras palavras, «a urgência não é uma espécie do género estado de necessidade, mas algo dela totalmente distinto». Com efeito, para os autores, «não só há situações de estado de necessidade que não dão lugar a situações de urgência como há situações de urgência que não dão lugar a situações de estado de necessidade» (253).

Estas figuras estão, no entanto, presentes nos diversos ramos de direito. O estado de necessidade tem configuração no direito civil, no direito penal e no direito constitucional. Por exemplo, neste caso, está ligado a uma situação de desordem social, de perigo geral e de emergência que exige o recurso ao exercício de poderes públicos extraordinários, de tal ordem que, em estado de necessidade, *rectius, estado de sítio e de estado de emergência* (254), não são sancionáveis comportamentos dos poderes públicos, que, em situação normal, seriam sancionados, porquanto seriam susceptíveis de lesar direitos garantidos constitucionalmente. E, também no contexto do direito administrativo, estão previstas situações de estado de necessidade, isto é, situações em que se permite a suspensão da legalidade ordinária e se cria uma situação de excepção em que as autoridades administrativas têm de agir, sem que abandonem, nessa situação, a prossecução do direito. A este propósito, a doutrina francesa exige três requisitos para se considerar verificada uma situação de estado de necessidade, a saber: em primeiro lugar, é necessário que se verifique uma situação realmente excepcional, tal como a que decorre da verificação de um cataclismo natural (que inclui a ocorrência de sismos, erupções vulcânicas e tempestades), de insurreições e de greves prolongadas, por exemplo; em segundo lugar, é necessário que se prove que a Administração não tem possibilidade de actuar de acordo com o quadro legal determinado; e, em terceiro lugar, é preciso que o interesse que afasta a observância do princípio da legalidade seja importante para justificar o sacrifício do princípio.

(252) Vd. D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., p. 339.

(253) A este propósito, vd. D. FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «O estado de necessidade e a urgência em direito administrativo», ROA, 1999, pp. 493 e 494.

(254) A este propósito, vd. JORGE MIRANDA, «Estado de sítio e estado de emergência», in: *Dicionário de Administração Pública*, Vol. IV, Lisboa. 1991, pp. 257 a 258.

O direito administrativo português conhece também situações de estado de necessidade. E, assim, tal como acontece em outros ramos do direito, designadamente no civil, no penal e no constitucional, é inegável que, por vezes, ocorrem situações em relação às quais, a lei permite ao *sujeito-administrador* uma actuação imediata e urgente com vista à salvaguarda de bens essenciais, mesmo que, para isso, os agentes administrativos tenham de ignorar o respeito pelas regras estabelecidas para as circunstâncias normais ⁽²⁵⁵⁾. Neste contexto, considerava MARCELLO CAETANO que «em caso de perigo iminente e actual que ameace interesses colectivos protegidos pelo Direito, é lícito, para o esconjurar ou atenuar os seus efeitos, proceder com preterição das regras jurídicas normalmente reguladoras da actividade da Administração pública (isto é, sem forma de processo), se de outro modo não pudesse ser alcançado o mesmo resultado. Neste sentido, apresentavam-se três pressupostos do estado de necessidade: a existência de um perigo iminente e actual; a ameaça de interesses colectivos protegidos que importe esconjurar ou atenuar e, finalmente, a urgência das medidas ⁽²⁵⁶⁾. E, também sobre este tema, ROGÉRIO SOARES descreve o estado de necessidade a propósito da assunção de funções públicas pelos particulares, sendo que se configura tal estado quando se verificam «circunstâncias excepcionais, que não permitam o funcionamento regular do aparelho administrativo (guerra, inundação, terramoto), em termos que se verifica uma «total falência das prestações administrativas por desarticulação completa dos seus órgãos (...)», sendo que tal estado pressupõe que as tarefas a realizar são essenciais e revelam uma natureza inadiável ⁽²⁵⁷⁾. Finalmente, FREITAS DO AMARAL considera o estado de necessidade como uma excepção ao princípio da legalidade em sentido estrito. E, assim, considera que em circunstâncias excepcionais, em verdadeira situação de necessidade pública, como por exemplo, em estado de guerra, em estado de sítio ou em caso de grave calamidade natural, a Administração Pública, se tanto for exigido pela situação, fica dispensada de seguir o processo legal estabelecido para as circunstâncias normais e pode agir sem forma de processo, mesmo que isso implique o sacrifício de direitos ou interesses dos particulares. E, como exem-

⁽²⁵⁵⁾ A propósito da natureza jurídica dos actos praticados em estado de necessidade, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever da fundamentação...*, cit., pp. 148 e 149; M. ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/ PACHECO DE AMORIM, *Código de procedimento administrativo...*, cit., pp. 148 ss.; D. FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «O estado de necessidade e a urgência...», cit., pp. 447 a 518.

⁽²⁵⁶⁾ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.^a ed., p. 36.

⁽²⁵⁷⁾ ROGÉRIO E. SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78, Coimbra, 1978, p. 28.

plifica, em caso de incêndio, o Código Administrativo determina no artigo 162.º, n.º 5, que as autoridades policiais e os comandantes dos corpos de bombeiros podem ordenar as destruições, demolições, remoções e cortes nos prédios contíguos ao sinistrado, quando sejam necessários ao desenvolvimento de manobras da extinção ou para impedir o alastramento do fogo. E, com certeza, tudo realizado de imediato no local, a situação de urgência impõe que se actue sem procedimento escrito, sem expropriação ou requisição, sem audiência prévia dos interessados e sem fundamentação expressa (258).

Neste contexto, cumpre verificar que o CPA (no artigo 3.º, n.º 2) admite, pois, como válidos os actos que a Administração pratique em estado de necessidade com preterição de regras normais do procedimento administrativo, desde que os resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, sendo que os lesados têm direito a ser indemnizados. O direito substantivo admite, pois, o estado de urgência correspondente ao estado de necessidade e inclui-o no âmbito do ordenamento jurídico tomado globalmente, incluindo o bloco de juridicidade, *ex vi* n.º 2 do artigo 266.º da Lei Fundamental. Enfim, da conjugação de vários preceitos legais vigentes no panorama legal português resulta inclusive a configuração de um princípio geral de direito administrativo, nos termos do qual o estado de necessidade traduz uma causa de exclusão da ilicitude (259). E, não obstante o CPA não enunciar expressamente os pressupostos de verificação do estado de necessidade nem os limites da acção administrativa nesse quadro, ainda assim, da conjugação de tais preceitos também resulta que os pressupostos do estado de necessidade administrativo são a urgência da decisão, como condição necessária para evitar o comprometimento de um interesse público («necessidade respeitante ao tempo»), a natureza imperiosa do interesse público a defender e a excepcionalidade da situação, sendo certo que a urgência resulta da existência de um perigo actual e iminente que ameaça um interesse público protegido e da impossibilidade de, para o afastar, cumprir as normas legais (260).

Todavia, cumpre notar que a ciência administrativa portuguesa distingue a urgência, enquanto pressuposto do estado de necessidade, da figura da urgência administrativa. Como já mencionámos, costuma afirmar-se a este propó-

(258) Vd. D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., p. 338.

(259) Com efeito, D. FREITAS DO AMARAL (*Curso...*, cit., p. 338) considera que tal princípio decorre da conjugação do artigo 3.º, n.º 2, do CPA e do artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 4851 de 21 de Novembro de 1967, nos termos do qual se impõe o dever de indemnização ao Estado ou às demais pessoas colectivas públicas quando estas «tenham, em caso de necessidade e por motivo de imperioso interesse público, de sacrificar especialmente, no todo ou em parte, uma coisa ou direito de terceiro».

(260) A este propósito, vd. D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., p. 338.

sito que as duas figuras começam por ter características comuns, uma vez que tanto uma como outra «se integram globalmente em áreas de casuística variada e pouco conhecida, determinada pela natureza versátil e pela plasticidade dos factos que lhe subjazem e que, por isso mesmo, assumem contornos variados sendo insusceptível de tratamento jurídico uniforme. Por outro lado, quer o estado de necessidade quer a urgência importam, quando configurados na realidade, a legitimação de actuações que, à luz das normas consagradas para os casos-regra, seriam inválidas». Assim, unidas por estes aspectos referenciados, elas correspondem, contudo, a categorias distintas ⁽²⁶¹⁾, sendo que «a urgência não é uma espécie do género estado de necessidade, mas algo dela totalmente distinto» — como apontámos. Com efeito, sublinha-se que «não só há situações de estado de necessidade que não lugar a situações de urgência como há situações de urgência que não dão lugar a situações de estado de necessidade» ⁽²⁶²⁾.

Neste contexto, cumpre, pois, dizer que a ciência administrativa tem alguma dificuldade para definir a urgência, enquanto realidade autónoma, como realidade geradora de consequências jurídicas próprias ⁽²⁶³⁾, isto é, a

⁽²⁶¹⁾ P.-L. FRIER (*L'urgence...*, cit., p. 137) refere que «l'urgence apparaît, en définitive, comme une catégorie de la nécessité, les deux notions ayant le même fondement et de nombreux éléments communs. Mais l'identité n'est pas totale. En raison des éléments d'ordre temporel inhérents à l'urgence, celle-ci ne conditionne que les actes nécessaires à court terme. Leurs effets respectifs s'inscrivent, dès lors, dans des cercles qui ne coïncident pas totalement. Sur le plan des devoirs, la nécessité produit des conséquences plus larges que l'urgence: elle est à l'origine de toutes les obligations des autorités publiques; l'urgence, quant à elle, ne joue que dans certaines hypothèses particulières. A l'inverse et assez paradoxalement en apparence, l'urgence, sur le plan de l'exception, donne des pouvoirs plus larges: en raison du peu de temps dont on dispose, pour écarter la menace, elle autorise l'édiction de mesures plus contraignantes que dans les cas de seule nécessité, où le respect du droit normal reste souvent possible».

⁽²⁶²⁾ A este propósito, vd. D. FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «O estado de necessidade e a urgência...», cit., pp. 493 e 494.

⁽²⁶³⁾ P.-L. FRIER (*L'urgence...*, cit., p. 175) refere que «L'étude comparée des différentes notions qui semblent proches de l'urgence permet de conclure à la relative autonomie de celle-ci. (...) est-il parfois difficile de distinguer clairement l'urgence des circonstances exceptionnelles ou de la force majeure». E o autor menciona (a p. 175) que «la question est plus complexe du point de vue de l'exception». Assim, refere o autor (a p. 56) que «l'appréciation de l'urgence, condition d'une exception, résulte d'une appréhension globale qui prend en compte de façon concomitante l'existence de la condition elle-même et l'adéquation de la mesure au but, sa proportionnalité. Sur le premier point, l'urgence ne peut résulter que de l'existence d'une menace grave et immédiate pour l'intérêt général. Au-delà d'un certain seuil et d'une certaine date, qui restent souvent délicats à déterminer, l'urgence devient indéniable; elle seule permettra d'écart à temps de péril». De qualquer modo, o autor conclui: «l'autonomie de l'urgence, certaine vis-à-vis de ces notions, n'est cependant pas absolue (...) elle tend à se fondre partiellement dans l'ensemble plus vaste constitué par la nécessité».

urgência como realidade autónoma em situação de normalidade legal ⁽²⁶⁴⁾. Os juristas publicistas que estudaram este tema, principalmente os franceses, depois de reconhecerem a insuficiência de estudos, chegaram a conclusões muito pessimistas e desencorajaram a procura de uma tendencial única definição da urgência ⁽²⁶⁵⁾. Na verdade, os juristas franceses, mormente P.-L. FRIER, tendo destacado a urgência como o centro da realidade da vida quotidiana, procurou demonstrar que a acção administrativa urgente constitui uma resposta normal do sistema, ainda que eventual, através de procedimentos simplificados e através de uma actuação legal especial. E, aliás, é comumente afirmado que, em certas situações, os poderes públicos devem actuar com

⁽²⁶⁴⁾ São várias, com efeito, as diferenças entre estado de necessidade e urgência apresentadas pela dogmática. A este propósito, D. FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA GARCIA («O estado de necessidade e a urgência...», cit., pp. 493 e 494) apontam quatro diferenças, a saber: primeira: enquanto o estado de necessidade tem como finalidade primária, subjacente à satisfação de outras finalidades específicas, a reposição da situação de normalidade legal, a acção de urgência visa concretizar de forma imediata e concreta a finalidade prevista na lei. E, neste sentido, tendo subjacente uma hierarquia de prioridades, a situação de urgência pode revelar-se mesmo sem que haja um perigo actual e iminente para a satisfação de um interesse público (ao contrário do que acontece sempre com o estado de necessidade). É o que acontece com as expropriações urgentes e com as empreitadas por ajuste directo. Em segundo lugar, ao contrário da situação de urgência, no estado de necessidade, a Administração vê-se confrontada directamente com a Constituição e com a realização de interesses primários, uma vez que falta a intermediação legislativa. Já no caso da acção urgente, a acção da Administração surge enquadrada no princípio de legalidade em sentido estrito. Em terceiro lugar, os pressupostos do estado de necessidade surgem determinados com maior rigor, dado o carácter excepcional e extraordinário dos poderes de intervenção da Administração. Ao contrário, a acção administrativa urgente concretiza poderes especiais, mas tais poderes estão configurados na lei. Finalmente, no estado de necessidade, os poderes da Administração têm de ser limitados à exacta medida do necessário para o restabelecimento da normalidade legal. Ora, este rigor já não se impõe em actuações no âmbito da urgência, uma vez que aqui o que se pretende é satisfazer de modo imediato o interesse público previsto na lei, que, sem essa acção imediata, não seria satisfeito.

⁽²⁶⁵⁾ A este propósito, P.-L. FRIER (*L'urgence...*, cit., p. 11) escreve que «l'urgence fait sans doute partie des concepts de ce type qui échappent à toute formulation inspirée des mathématiques. Toute recherche de sa définition peut dès lors sembler vaine». E este autor cita igualmente L. NIZARD, que reitera «l'indétermination de la notion d'urgence», e R. M. TERCINET que afirma que «la notion d'urgence n'est ni simple, ni constante (...), qu'elle est liée à une appréciation dans chaque cas d'espèce (...) et qu'elle est relative et contingente». Contudo, FRIER (a p. 177) conclui que: «cette difficulté n'est cependant troublante qu'en apparence et ne saurait servir de prétexte pour occulter toute recherche sur la notion elle-même. Tout d'abord, l'urgence ne diffère pas, de ce point de vue, de la plupart des notions de base du droit public français. (...) Dès lors, elle conditionne un certain type d'intervention des autorités publiques. Pour agir en ce sens, celles-ci vont être conduites à utiliser certains moyens, à mettre en oeuvre les capacités qui leur sont reconnues par la réglementation. Dans de nombreux cas, les pouvoirs employés ne présentent aucune spécificité; dans d'autres, au contraire, l'urgence entraîne l'application d'un statut juridique particulier, elle est à l'origine de nouveaux pouvoirs».

prontidão, quando há o risco de um interesse público maior ficar comprometido ⁽²⁶⁶⁾. E neste sentido, e do ponto de vista dos fins do interesse geral, a urgência justifica que os poderes públicos actuem quando há uma ameaça grave e imediata para o interesse geral ⁽²⁶⁷⁾. E, assim, a urgência, estando integrada no normal agir administrativo, acaba por ter relevância do ponto de vista do direito público substantivo e procedimental ⁽²⁶⁸⁾.

Com efeito, sendo diversas as manifestações da urgência e sendo variados os seus graus de intensidade, enquanto perigos de ameaça para o interesse geral, é possível perceber que o elemento caracterizador da urgência é o «factor tempo», quando relacionado com uma situação de perigo ou com uma situação de prioridade de realização de um interesse público determinado, valorado pela lei, em termos que justificam o não cumprimento do regime regra. Na verdade, como escrevem FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «sempre que se verifique um perigo actual e iminente que ameace a satisfação de um interesse público legalmente protegido e imponha à Administração uma actuação imediata e inadiável, prevista como tal na lei, estamos perante uma situação de urgência. Do mesmo modo, estamos perante uma situação de urgência quando a exigência imediata e inadiável de uma actuação administrativa prevista na lei é imposta por acontecimentos não temporalmente esperados mas previsíveis, determinantes de uma particular escala de prioridades na satisfação dos interesses públicos. Em qualquer caso, a actuação do órgão em situação de urgência deve ser fundamentada e as medidas administrativas devem ser orientadas pelas finalidades predefinidas na lei que configura a situação de urgência.

Ora, a urgência administrativa caracteriza-se por ser «uma realidade ordinária, ainda que eventual, da acção da Administração», sendo que «os proce-

⁽²⁶⁶⁾ P.-L. FRIER (*L'urgence...*, cit., p. 56) escreve que «Les pouvoirs publics doivent donc, en certaines hypothèses agir immédiatement quand l'urgence existe, quand certaines finalités essentielles du point de vue de l'intérêt général sont gravement et immédiatement menacées, lorsqu'un intérêt public majeur risque d'être irrémédiablement compris à court terme».

⁽²⁶⁷⁾ P.-L. FRIER (*L'urgence...*, cit., p. 56) refere que, nestes casos, «la compétence de l'administration devient presque totalement liée; elle apparaît même comme très largement "ligotée": les autorités publiques perdent, en effet, leur liberté de choix à de multiples stades: l'intervention est obligatoire (on ne peut pas ne pas agir), le choix du moment n'est plus discrétionnaire (il faut agir aussi vite que possible), le contenu de l'action lui-même est fixé (il faut prendre les dispositions les mieux adaptées pour faire face à la situation). Cependant, une fois cet impératif rempli, l'administration recouvre une certaine marge de manœuvre: le choix entre les différents moyens, qui concourent tous efficacement à la réalisation de l'obligation, reste libre».

⁽²⁶⁸⁾ Com efeito, P.-L. FRIER (*L'urgence...*, cit., p. 56) considera que «l'urgence conditionne-t-elle une nouvelle obligation pour la puissance public, tout entière dominée par des impératifs d'ordre temporel».

dimentos de administrativos de urgência traduzem formas simplificadas de agir» e «a actuação de urgência administrativa está, em qualquer caso, prevista na lei» (269), e dizemos nós também que decorre do bloco de juridicidade, não decorrendo apenas de uma lei específica que, para o efeito a preveja. Na verdade, afirma-se, entre nós, tradicionalmente que a urgência administrativa é uma realidade ordinária, ainda que eventual, da acção da Administração. E é ordinária porque está prevista na lei para situações em que ocorra um perigo actual e iminente que ameace a satisfação de um interesse público legalmente protegido e imponha à Administração uma actuação imediata e inadiável. E é eventual, porque apenas tem lugar quando se verifiquem situações de perigo actual e iminente. A forma como a Administração tem de obstar à formação do perigo actual e iminente é através de procedimentos administrativos simplificados. Por exemplo, em matéria de funcionamento e deliberação dos órgãos colegiais, o CPA determina no artigo 19.º que o órgão colegial que reúna ordinariamente possa deliberar sobre assuntos não incluídos na ordem do dia, desde que dois terços dos seus membros reconheçam que há urgência na tomada da deliberação. E o CPA também prevê no artigo 84.º a possibilidade de a Administração tomar medidas provisórias. E, desenvolvendo o mesmo raciocínio, o CPA dispensa a audiência dos interessados quando existe urgência na decisão, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 103.º E, no contexto do procedimento de formação do contrato de empreitada de obra pública (artigo 136.º, n.º 1, alínea *c*), do anterior Decreto-Lei n.º 59/99, era permitida a celebração de um contrato por ajuste directo, quando por motivos de urgência imperiosa, resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra, não pudessem ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos públicos. E o RJUE atribui à câmara municipal a competência para ordenar a demolição total ou parcial das construções que ameacem ruína ou ofereçam perigo para a saúde pública e para a segurança das pessoas, devendo seguir-se um procedimento simplificado e abreviado, sendo que, tratando-se de uma situação de risco iminente de desmoronamento ou grave perigo para a saúde pública, tais formalidades são dispensadas, devendo seguir-se os termos previstos na lei para o estado de necessidade. E o Código das Expropriações (Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro) prevê no artigo 15.º que, no acto declarativo de utilidade pública, possa ser atribuído o carácter de urgência à expropriação para obras de interesse público, sendo que, neste caso, devendo existir fundamentação, tal carácter confere de imediato à entidade expropriante a posse administrativa dos bens expropriados. E, tratando-se de uma situação em que a expro-

(269) Vd. D. FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «O estado de necessidade e a urgência...», cit., p. 455.

priação decorre de calamidade pública ou de exigências de segurança interna ou de defesa nacional, as entidades em causa estão autorizadas a proceder a uma expropriação urgentíssima, podendo tomar posse administrativa imediata dos bens destinados a prover à necessidade que determina a sua intervenção, sem qualquer formalidade prévia. Também em matéria de requisição de bens imóveis e direitos a eles inerentes, incluindo os estabelecimentos comerciais ou industriais, que seja objecto de propriedade de entidades privadas, o Código das Expropriações prevê, no artigo 80.º, que ela pode acontecer em caso de urgente necessidade e sempre que o justifique o interesse público e nacional, sendo que se pressupõe que a requisição se destina à realização de actividades de manifesto interesse público, adequadas à natureza daqueles, devendo ser observadas as garantias dos particulares e assegurado o pagamento de justa indemnização.

Ora, como se apontou, e agora centrando a atenção somente na situação de urgência distinta da do estado de necessidade, e sem querer afirmar agora que ambas farão parte e uma categoria ampla de urgência, a que correspondem diferentes intensidades e gravidades, cumpre seguir aquela que é a opinião comum da doutrina, para dizer que a actuação administrativa urgente está prevista na lei, sendo que, aqui, poderiam ser elencadas outras situações de urgência administrativa, impostas pelo tempo na sua ligação com a satisfação dos interesses públicos, sendo que, ainda assim, no nosso entender, a actuação administrativa urgente decorre do bloco de juridicidade, não dependendo apenas da sua previsão especial na lei. Ainda assim, a doutrina maioritária refere que esta é uma actuação legal especial, integrada no normal agir administrativo, e não uma actuação excepcional ou praticada em circunstâncias excepcionais ⁽²⁷⁰⁾. As situações de actuação no quadro de urgência consistem em causas justificativas da adopção de uma normatividade especial, em termos que seja adoptada uma medida suficientemente rápida, num tempo certo, para permitir a satisfação de necessidades consideradas com relevo fundamental prioritário, ou, por outras palavras, de modo a satisfazer, em termos de efectividade, a função administrativa e a realização do interesse público previsto na lei e na Constituição, o qual, sem essa acção célere, não seria satisfeito. De resto, apesar das diferenças, a acção administrativa em estado de necessidade e a acção administrativa urgente aproximam-se e, constituindo formas especiais de realização do direito, elas estão sujeitas ao controlo jurisdicional, o qual pode avaliar os pressupostos da respectiva acção e a juridicidade das próprias medidas de actuação ⁽²⁷¹⁾.

⁽²⁷⁰⁾ Vd. D. FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «O estado de necessidade e a urgência...», cit., p. 494.

⁽²⁷¹⁾ Vd. D. FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «O estado de necessidade e a urgência...», cit., p. 494.

2.2. Enfim, a *situação-de-urgência* não se apresenta fácil de definir. E tal decorre do carácter contingente, relativo e subjectivo que normalmente aparenta. Raras são as situações em que o *sujeito-legislativo* define com rigor a *situação-de-urgência*. E, quando a define e contextualiza, deixa espaços amplos para a interpretação, uma vez que lança mão, para o efeito, de conceitos vagos e indeterminados. Aliás, por vezes, o *sujeito-legislativo* dá à urgência uma relevância estrutural, na medida em que atende às matérias e ao tipo de conflitos e determina que, qualquer que seja a situação em concreto, a situação litigiosa que versar sobre tal matéria configura uma *situação-de-urgência*. Trata-se, neste caso da previsão de um contencioso prioritário, urgente por natureza. E, em alguns desses casos, pode estabelecer critérios de determinação de urgência, por referência a elementos concretos que cabe ao *sujeito-jurisdicional-de-urgência* avaliar. Noutras situações, o legislador renuncia a especificações e garante que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* pode actuar se, perante ele, se configurar uma situação de urgência por referência à situação litigiosa, isto é, se, na pendência de um processo, puder ocorrer a possibilidade de se concretizar um prejuízo grave e irreparável para o objecto da lide. Há, de facto, muitas urgências, como escreve um autor belga: «*il y a autant d'urgences différentes que de textes qui font appel à la notion d'urgence*» ⁽²⁷²⁾ **(2.2.1.)**. É sobretudo no contexto da urgência funcional que, no universo jurídico latino, se foi invocando ao longo dos tempos a expressão *periculum in mora*. E é também neste contexto que a ciência jurídica francesa e a ciência jurídica alemã têm vindo a empregar o termo urgência adicionando-lhe um vocábulo qualitativo, invocando, assim, a expressão «urgência em sentido estrito», sendo que a urgência é também fundamentalmente entendida numa dimensão funcional **(2.2.2.)**.

2.2.1. A expressão que normalmente se invoca para caracterizar a urgência processual nos sistemas latinos remonta ao direito romano e foi integrada no lastro romano-germânico que viria a ser incorporado nos sistemas processuais latinos ⁽²⁷³⁾. Contudo, se a *situação-de-urgência* se identifica, quase na sua totalidade, com a de *periculum in mora*, também é verdade que a ciência do direito processual italiana tem noção de que este conceito apenas abrange uma parte do conceito de urgência, como, aliás, decorre da obra *calamandreiana*. Cumpre inclusive notar que no estudo *chiovendiano* o conceito de urgência anda associado ao da prevenção e à tutela jurisdicional que serve

⁽²⁷²⁾ Neste sentido, H. BUCH, *apud* G. BOLAND, «La notion d'urgence...», cit., p. 185, nota 1.

⁽²⁷³⁾ Sobre este tema, vd. A. CONIGLIO, «La riforma del sistema cautelare...», cit., pp. 4 e 5.

para reconstruir o «tempo real», associando-o ao «tempo presente», e à necessidade de obstar à consumação de dano jurídico («*bisogno effettivo ed attuali di rimuovere il timore di un danno giuridico*» (274)). E as decisões de urgência visam fazer com que a sentença realize o Direito como se esta aparecesse no momento exacto em que o pedido é dirigido pelo particular aos tribunais (ou, como escreveu o próprio autor: «*le quali mirano a far sì che la sentenza attui la legge come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziale*») (275).

É um facto que nos habituamos a associar a urgência ao conceito de *periculum in mora*. Afinal, este é a espécie do género que é mais estudada pela ciência do direito processual. E assim é porque no contexto do contencioso clássico, e durante muito tempo, a urgência abarcava o *periculum in mora* e esta urgência era tratada pelos processos cautelares com suficiência, uma vez que do mundo social e do mundo económico não emergia uma urgência distinta, para além daquela que já integrava o conceito de *periculum in mora* e poderia ser integralmente tratada através dos processos cautelares. Contudo, cedo se percebeu que a situação de *periculum in mora* seria uma espécie do género que é a urgência. Aliás, como se percebe pelo excerto dos textos *calamandreianos*, o conceito de urgência surge envolvido com o da urgência em sentido amplo e o da prevenção, sendo que a diferença entre tais conceitos reside sobretudo na técnica processual. E CALAMANDREI, não obstante ter centrado o seu estudo naquela espécie da urgência, tinha a noção de que entre tais figuras existia uma relação de espécie e género, sendo que em ambos os casos se estaria perante uma «necessidade de evitar a concretização da ameaça de um prejuízo para o direito, ou de evitar um perigo de dano que se receia e que tem de ser, em qualquer caso, rapidamente acudida». O *periculum in mora* seria uma modalidade da urgência que exigiria uma variação técnica processual. Na verdade, o autor apontava que para cada modalidade de urgência haveria diversas técnicas. Uma das formas de tutelar de modo rápido ou célere a *situação-de-urgência* é, «em vez de decretar uma medida cautelar, reduzir o processo ordinário de cognição ou de execução» e atingir, por conseguinte, «uma aceleração da providência defini-

(274) G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1.^a ed., 1933-XI, p. 255 e p. 256.

(275) No mesmo sentido, também A. CONIGLIO (*Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milano, 1942, pp. 6 e 7) escreve o seguinte, a propósito do contributo de CALAMANDREI: «egli trova evidente l'affinità dei provvedimenti cautelari con quelle disposizioni le quali mirano a far sì che la sentenza attui la legge come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziale, e che il chiovenda riassume nel principio: la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione».

tiva» (276). Daqui emerge que uma coisa é a técnica processual outra a situação de necessidade em que se encontra a situação carente de tutela ou *situacão-de-urgência*. Neste sentido, para o autor, existiriam «processos e providências de urgência que não teriam carácter ou natureza cautelar» (277). A situação de *periculum in mora* corresponde simplesmente a uma modalidade da *situacão-de-urgência*, tendo em conta a forma como se encontra a situação de carência e o modo como o direito processual configura a forma processual para lhe acudir. O «*periculum in mora* não é um genérico perigo de dano jurídico» (278). Invocando e difundido uma expressão cara a FINZI, aquele autor afirmou que este é, pelo contrário, um perigo específico, traduzido no «dano marginal» («*ulteriore danno marginale*») (279), que pode derivar, dada a inevitável demora do processo principal, do atraso na prolação de uma sentença de mérito (280). Esta modalidade pressupõe que «enquanto se aguarda a maturação da decisão judicial definitiva através do processo ordinário, há a ameaça de dano ou o perigo de tal dano se acentuar durante a espera» (281). E para a ciência do direito processual italiana o «*pericolo nel ritardo*» pressupõe uma situação em que a duração do processo pode interferir na efectividade da tutela que o requerente solicita no processo de mérito, condicionando-a. Este perigo consiste numa «probabilidade de se verificar um dano, que pode resultar para o autor da demora do processo e por causa dessa demora», sendo que este tipo de perigo se desdobra em prejuízo de infrutuosidade e de retardamento (ou, como escrevem os italianos, em «*pericolo da infruttuosità*» e «*pericolo da tardività*» (282)). E, embora não utilizando a mesma terminologia, estas expressões tanto são utilizadas pela doutrina clássica (283) como pela actual (284).

(276) O raciocínio desenvolvido no texto é inspirado em P. CALAMANDREI (*Introduzione...*, cit., p. 17).

(277) Neste sentido, P. CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., p. 16.

(278) Sobre este assunto, P. CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., pp. 15 e 16.

(279) Esta expressão é de E. FINZI (in: «Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria», *Rivista di diritto processuale civile* (Parte II), 1929, p. 50), tendo sido retomada, posteriormente, por P. CALAMANDREI (*Introduzione...*, cit., p. 18).

(280) P. CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., p. 18.

(281) P. CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., p. 18.

(282) P. CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., p. 55.

(283) ALLORIO, inspirado na doutrina alemã do século XIX (GÜTHE, in: ZZP, 1898, pp. 351 a 357), já fazia uma referência aos dois tipos de *pericula in mora*. Na verdade, ao caracterizar «o procedimento para a realização da sanção cautelar como procedimento executivo», o autor distingue o «*pericolo nel ritardo*» e o «*pericolo del ritardo*», sendo que o primeiro corresponderia ao perigo de a «sanção principal» não ser efectiva, no momento em que viesse a ser decretada. Já o segundo não representaria esse mesmo risco ou essa ameaça à possibilidade da aplicação futura da «sanção principal». Pelo contrário, traduziria um prejuízo por si só, de tal modo que a aplicação da «sanção cautelar» retiraria a sua plena utilidade exactamente do facto de a san-

E esta concepção pressupõe a distinção entre o prejuízo de infrutuosidade e o prejuízo de retardamento. Por prejuízo de infrutuosidade entende-se o perigo, de durante o tempo necessário para o desenvolvimento do processo de cognição plena, ocorrerem factos que tornem impossível ou muito dificultosa a concreta possibilidade de actuação da sentença. E por prejuízo de retardamento entende-se, por seu lado, que o perigo é a própria duração do processo, ou seja que o perigo resulta do prolongamento no tempo do estado de insatisfação do direito ameaçado, sendo esta a causa do prejuízo. Assim, no caso do prejuízo de infrutuosidade, a ciência italiana propõe o decretamento da medida cautelar que previna o dano que pode derivar do facto de se virem a verificar, durante o desenrolar do processo, factos lesivos do direito controverso. Daí que esta medida deva corresponder à medida «conservativa» da situação de facto e de direito sobre os quais deverá vir a incidir a futura decisão de mérito. Para esta situação aconselha-se o decretamento de providências cautelares conservatórias. No caso do prejuízo de retardamento, que é próprio do prolongar-se no tempo o estado de insatisfação do direito que se quer ver reconhecido no processo principal, a medida cautelar deve impedir exactamente este específico prejuízo que decorre do perdurar de uma situação antijurídica: essa medida, que visa «acelerar a realização provisória do direito, configura-se como antecipatória do conteúdo da futura sentença de mérito (devendo acontecer através da providência cautelar antecipatória)»⁽²⁸⁵⁾. Em qualquer caso, é sempre o *periculum in mora* que a tutela cautelar visa «neutralizar»⁽²⁸⁶⁾, sendo que a cada um dos tipos de *pericula* correspondem *grosso modo* dois tipos de providências cautelares ou dois tipos de *decisões-de-*

ção cautelar puder ser aplicada logo de imediato, traduzindo uma «antecipação (ainda que provisória) da sanção executiva. Para esta conclusão, vd. E. ALLORIO, «Per una nozione del processo cautelare», *Rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1936, p. 39.

(284) Esta construção é aceite, designadamente, por G. TARZIA, «La tutela cautelare», in: *Il nuovo processo cautelare*, a cura di G. TARZIA, Padova, 1993, p. XXVI; A. PROTO PISANI, «Procedimenti cautelari», Enc. Giur., Vol. XXIV, Roma, 1991, p. 6; IDEM, «Due note in tema di tutela cautelare», FI, 1983, pp. 146 ss.; G. ARIETA, *I Provvedimenti d'urgenza*, 2.^a ed., Padova, 1985, pp. 48 ss.; E. FAZZALARI, «Provvedimenti cautelari», in: Enc. del Dir., Vol. XXXVII, 1988, p. 842; L. LOMBARDO, «Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare», RDProc. (2), 2001, pp. 464 ss.

(285) Em síntese, A. PROTO PISANI («Due note...», cit., p. 147) escreve que o dano pode consistir: «nel sopraggiungere di fatti tali da porre in pericolo le concrete possibilità di attuazione della sentenza sul merito della controversia» ou também «nel solo permanere del diritto in stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario ad ottenere una sentenza esecutiva nel corso del processo a cognizione piena».

(286) A. PROTO PISANI («Due note...», cit., p. 148) alerta para a necessária consideração bilateral do *periculum*.

-urgência-provisórias, as conservatórias e as antecipatórias (287), através da mesma técnica processual. E essa técnica é a cautelar, com tudo o que ela implica.

2.2.2. De qualquer modo, fica claro a partir desta exposição que no pensamento latino sempre existiu uma relação de género e espécie entre a *situação-de-urgência* e a de «*periculum in mora*». E, assim, não deve identificar-se o *periculum in mora*, que é condição típica e distintiva das providências cautelares, «com o perigo genérico de dano jurídico em vista do qual, em certos casos, a tutela jurisdicional ordinária pode assumir carácter preventivo» e urgente (288). Não se pode confundir tutela preventiva e tutela urgente com tutela cautelar, já que há entre elas apenas «uma relação de género e espécie» (289). E fica também claro que o conceito de urgência é mais lato do que o de *periculum in mora*. Claro está que estas expressões, processo cautelar e *periculum in mora*, são próprias dos sistemas latinos. Contudo, no panorama legislativo francês (290) e alemão (291) estão igualmente consagrados processos especiais que são próprios para dar uma solução judicial a este tipo de *urgência-funcional*, que é apelidada de urgência em sentido restrito, uma vez que é cuidada através de decisões judiciais provisórias, sendo que a provisoriedade é neste contexto entendida também em sentido restrito, com vista a garantir a efectividade das decisões dos tribunais a proferir nos processos ordinários (292) — como teremos oportunidade de verificar. De facto, este tipo de urgência é fundamentalmente acolhido na lei processual civil e administrativa numa perspectiva funcional.

(287) Exactamente neste sentido, A. PROTO PISANI («Procedimenti cautelari...», cit., p. 7) escreve: «corrispondentemente a queste due specie di *pericula in mora*, è possibile distinguere, si sogliono distinguere, i provvedimenti cautelari in due grosse categorie: aa) provvedimenti cautelari *conservativi* della situazione di fatto o di diritto su cui dovrà incidere la futura sentenza; bb) provvedimenti cautelari *anticipatori* della soddisfazione del diritto».

(288) Assim, P. CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., pp. 15 ss.

(289) P. CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., pp. 15 ss.

(290) No respeitante ao sistema processual civil dos processos de *référé*, para maiores desenvolvimentos sobre a noção de urgência, vd. P. ESTOUP, *La pratique de procédure rapides*, 2.^a ed., Paris, 1998, pp. 72 a 75; R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 154 a 159.

(291) Como escreve D. LEIPOLD (*Grundlagen...*, cit., p. 83): «Die Notwendigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes erwächst aus dem Umstand, daß endgültiger Rechtsschutz nicht sogleich gewährt werden kann, weil das Verfahren bis zur endgültigen Entscheidung notwendigerweise einen größeren Zeitraum in Anspruch nimmt. Aufgabe des vorläufigen Rechtsschutzes ist es, diesen Zeitraum zu überbrücken».

(292) Sobre este tema em especial, vd. P. MOUZOURAKI, *L'efficacité des décisions de juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*, Paris, 1999, esp. pp. 17 a 123 e pp. 397 a 451.

Os estudos desenvolvidos pela ciência alemã do direito processual civil, realizados fundamentalmente no início da segunda metade do século XX, reflectem a preocupação de estudar este conceito de urgência e do tipo de medidas judiciais que lhe são próprias. Por exemplo, LEIPOLD, em 1971, procurou sistematizar as figuras através das quais no sistema alemão se proporcionaria a tutela das situações de urgência, tendo esclarecido que a diferenciação entre as diversas medidas cautelares conservatórias («Sicherungsverfügungen»), reguladoras («Regelungsverfügungen») e de prestação («Leistungsverfügungen») se deveria fazer a partir de um critério que atenderia ao tipo de ameaça ou o tipo de perigo que através delas se pretenderia afastar. Estas últimas, as positivas, através das quais se proporcionaria um *melhoramento* do actual *Status quo*, constituem, para o autor, um tipo normal de medidas provisórias cautelares, não pertencendo sistematicamente a outra categoria senão à mesma categoria da *einstweilige Rechtsschutz*, uma vez todas elas pressupunham uma urgência que, não obstante alguma variedade de apreciação, era valorada na perspectiva da efectividade da sentença principal — tendo em conta a relação entre o factor tempo e a eficácia do processo⁽²⁹³⁾.

E, de modo semelhante, em França, a urgência é também apreciada numa perspectiva funcional, constituindo uma modalidade da situação de urgência genérica. Com efeito, e tendo em conta o contencioso administrativo francês, DUGRIP escreve a este propósito que, no contencioso administrativo tradicional, a urgência é fundamentalmente remetida para a apreciação do juiz (ao contrário do acontece quando é o próprio legislador a tipificar situações de tutela acelerada prioritária, *maxime*, em matéria de contencioso eleitoral), traduzindo-se a urgência numa condição da actuação do juiz de *référé*. De facto, nestas situações de urgência litigiosa em sentido restrito, o juiz aprecia as situações concretas e decide em que termos deve proteger os interesses do demandante para facilitar a futura composição do litígio. A urgência, não obstante não ser suficiente, surge como condição necessária para a pronúncia de decisões judiciais provisórias de natureza conservatória ou preparatória, uma vez que também neste contexto é decretada com vista a garantir a utilidade da posterior sentença final. E, neste quadro, qualquer que seja

⁽²⁹³⁾ Para D. LEIPOLD (*Grundlagen...*, cit., pp. 101 ss., p. 105) há uma identidade categorial entre a *Sicherungsverfügung* (que também inclui a figura de Arrest) e as *Abwehrverfügungen* e as *Angriffsverfügungen*, constituindo todas modalidades da categoria «*einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsachen*». Escreve o autor o seguinte: «Die übliche Unterscheidung von Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsverfügungen befriedigt nicht. § 935 und § 940 ergänzen sich zu einer umfassenden *Generalklausel* für den Erlaß einstweiliger Verfügungen. Innerhalb dieser *Generalklausel* können Sicherungs-, Abwehr- und Angriffsverfügungen unterschieden werden. Eintheilungskriterium ist die Art der abzuwehrenden Gefahr» (pp. 114, 115 e 224).

a urgência invocada, ela não opera senão na medida em que responde a esta finalidade ⁽²⁹⁴⁾.

Contudo, DUGRIP teve o grande mérito de ter introduzido o conceito de urgência em sentido amplo, tendo demonstrado que a urgência pode, de facto, manifestar-se no processo de diversas formas e, por conseguinte, pode receber diferente tipo de tratamento. E, como nos diz, fazendo apelo ao conceito de urgência estrutural, o tratamento ideal passa pela adaptação da forma processual ao tipo de situação que é carente de tutela judicial. Os processos urgentes, enquanto processos de tramitação especial acelerada e enquanto processos que estruturalmente podem beneficiar dos instrumentos de simplificação dos termos e das formas e de abreviação de fases e de prazos, são normalmente os processos adequados para atender às situações de urgência. E, normalmente, cabe ao legislador escolher prioritariamente as situações de urgência a contemplar com um processo urgente adequado. E nele, cabe ao legislador determinar estruturalmente o processo em termos que a sua duração se deve harmonizar com a situação (e a intensidade) de urgência que visa tutelar ⁽²⁹⁵⁾. Contudo, como é impossível consagrar um processo urgente para cada situação típica de urgência, cumpre perceber que um sistema processual deverá sempre consagrar um processo urgente para tutelar *situations-de-urgence tout court* ou situação de urgência que deve ser apreciada no perfil funcional ⁽²⁹⁶⁾.

Regressando ao quadro do contencioso administrativo francês e à obra de DUGRIP, fica clara a ideia de que a urgência (em sentido restrito ou urgência que pressiona à emissão de uma decisão judicial provisória enquanto se aguarda

⁽²⁹⁴⁾ Sobre esta perspectiva é imperioso ler a obra de O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit.), um autor que, tendo procedido à sistematização dos processos que no panorama legislativo francês atendem à situação de urgência, descreve as diversas configurações e manifestações da urgência. E a propósito de urgência funcional, escreve o seguinte (*ob. cit.*, p. 307): «L'urgence ne fonde la compétence du juge que dans les hypothèses où la protection des intérêts du demandeur est utile au règlement ultérieur du litige. Quelle que soit l'urgence alléguée, elle n'est opérante que si elle répond à cette finalité».

⁽²⁹⁵⁾ No contexto do contencioso administrativo francês, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 26.

⁽²⁹⁶⁾ E, neste mesmo contexto do contencioso administrativo tradicional francês, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 109) também dá atenção ao tipo de urgência que é tratado através de processos urgentes acessórios (processos que são normalmente apelidados de «*procédures d'urgence*» — *constat d'urgence, référé et le sursis à exécution* — e atendem a uma urgência considerada em sentido estrito). Com efeito, DUGRIP, escreve a este propósito o seguinte: «l'urgence peut être telle, soit qu'elle ne justifie pas la solution immédiate du litige, soit qu'elle ne permette pas au juge du fond de statuer à temps dans le respect des procédures habituelles, qu'elle nécessite le prononcé de mesures propres à sauvegarder les droits des parties menacés par l'écoulement du temps, leur permettant ainsi d'attendre le jugement du fond».

uma decisão de fundo) ⁽²⁹⁷⁾ é, em primeiro lugar, uma condição de actuação do juiz e é, em segundo lugar, um pressuposto sujeito a apreciação e valoração concreta ⁽²⁹⁸⁾. Se tradicionalmente é tida como uma «noção de facto», mais recentemente a ciência jurídica francesa tende a ver na situação de urgência elementos tanto de facto como de direito. E assim é porque, por um lado, pressupõe a consideração de dados concretos de facto, num certo lugar e num certo tempo, e uma realidade objectiva, e, por outro lado, pressupõe uma qualificação jurídica, sendo que se parte dos elementos da situação particular para a categoria definida no texto da lei e, em qualquer caso, procede-se à sua análise como sendo uma questão jurídica ⁽²⁹⁹⁾. De um modo ou de outro, a categoria aparece sempre abstracta e desacompanhada de precisão. E ainda que haja enumeração, a definição é sempre incompleta. É um facto que a «urgência não se define: constata-se e afirma-se» ⁽³⁰⁰⁾, como escreve um autor francês, citado por DUGRIP, e não pode sobre ela existir uma definição teórica, sendo que «ela escapa, por princípio, a qualquer definição, uma vez que a ideia que lhe é inerente afasta a estabilidade, a uniformidade e qualquer coisa de absoluto, variando sempre de tempo e lugar» ⁽³⁰¹⁾. «Muito difícil de definir (...) e impossível de definir em termos absolutos» ⁽³⁰²⁾, tanto no domínio do pro-

⁽²⁹⁷⁾ Com efeito, estamos a falar apenas na urgência que é objecto de decisões proferidas em *référé*. E, neste sentido, como afirma O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 312), citando as conclusões de uma acórdão do Conseil d'État, «les procédures de référé (...) ont été instituées dans le but de préserver la sérénité et l'efficacité des décisions sur le fond en limitant les effets du temps». Condition de la mise en œuvre de ces deux procédures, l'urgence ne peut être appréciée sans la prise en compte des éléments temporels et finalistes qui ont justifié leur création».

⁽²⁹⁸⁾ Neste sentido, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 308.

⁽²⁹⁹⁾ Neste sentido, quanto à doutrina tradicional, vd. CH. CEZAR-BRU/P. HEBRAUD/J. SEIGNOLLE, *La juridiction du président du tribunal*, Des Référé, Tome I, Paris, 1957, pp. 103 ss., onde os autores escrevem a p. 103 o seguinte: «Mais, si la notion d'urgence est d'une extrême importance en cette matière, il est très difficile de la définir. On peut distinguer plusieurs degrés dans l'urgence». L'urgence est plus pressante que la simple célérité. La célérité justifie donc des simplifications de procédure, mas non le recours à une juridiction exceptionnelle». Sobre este assunto, C. GABOLDE («L'exception d'urgence...», cit., p. 42) tende a associar à situação de urgência elementos de facto. Contudo, outros autores (P. JESTAZ, *L'urgence...*, cit., p. 254; G. PAMBOU-TCHIVOUNDA, «Recherche sur l'urgence...», cit., p. 95) destacam-lhe a sua natureza jurídica. Por seu lado, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 310) aponta para a existência de elementos de natureza factual e jurídica em qualquer *situação-de-urgência*.

⁽³⁰⁰⁾ Expressão de WATTINE (AJDA, 1958, II, 188), *apud* O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 310).

⁽³⁰¹⁾ Com efeito, escreve M. FRANCES (*Essai sur les notions d'urgence...*, cit., p. 37): «l'urgence échappe par principe même à toute définition logique parce que l'idée qu'elle renferme n'est pas une idée stable, uniforme, absolue et que son contenu varie suivant les circonstances de temps et de lieu», *apud* O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 311).

⁽³⁰²⁾ Com efeito, e para uma síntese, vd. CH. CEZAR-BRU/P. HEBRAUD/J. SEIGNOLLE, *La juridiction...*, cit., pp. 103 a 111.

cesso civil como no do administrativo, a urgência tende a ser entendida pela ciência do direito processual mais do ponto de vista funcional do que do ponto de vista conceptual, sendo normalmente remetida para o contexto processual em que ela tem relevância e para as circunstâncias em que ela se manifesta. Também aqui, e principalmente no contexto do *référé*, a urgência corresponde ao «perigo que decorre da demora», apresentando carácter relativo, subjectivo (de apreciação discricionária) e contingente ⁽³⁰³⁾.

Ora, indo de encontro ao contencioso administrativo, a urgência revela-se distinta quando apurada no quadro do processo de suspensão da eficácia de um acto administrativo. E apresenta-se distinta daquela que se manifesta, por exemplo, no contexto de um processo tendente a desembocar na emissão de uma medida de prova ou de verificação de factos («constat d'urgence»). De um modo ou de outro, a urgência cobre um rol significativo de situações e, por isso, não se pode apresentar uma noção geral e uniforme de urgência, sendo possível apresentar uma noção genérica, desdobrável em dois sentidos, um temporal e outro finalista, a que corresponde um conteúdo variável. Assim, por um lado, o tempo é consubstancial à urgência ⁽³⁰⁴⁾. Na verdade, a urgência é uma questão de tempo. Como se apontou já, «ela não surge senão quando se percebe que verdadeiramente não há tempo a perder» ⁽³⁰⁵⁾, sendo que o tempo é ele mesmo essencial na apreciação da urgência. Por outro lado, e tendo em conta o conceito restrito de urgência (entendido no contexto do processo de *référé*), DUGRIP realça a perspectiva funcional na apreciação de urgência, no sentido de que a situação é de urgência, porquanto da protecção temporária e imediata de direitos depende a efectividade da sentença que será proferida num processo principal. O elemento finalista na apreciação de uma situação de urgência tem em conta que se tutela provisoriamente uma situação na medida em que se considera necessário assegurar direitos e interesses que surgem ameaçados enquanto se aguarda um julgamento de fundo ⁽³⁰⁶⁾. Na verdade, a urgência é apreciada essencialmente do ponto de vista temporal ou do ponto de vista finalístico, podendo, de quando em vez, predominar um em detrimento do outro.

Do ponto de vista temporal, cumpre reconhecer que a urgência resulta da relação entre dois elementos: por um lado, depende do decurso do tempo que

⁽³⁰³⁾ Neste sentido, CH. CEZAR-BRU/P. HEBRAUD/J. SEIGNOLLE, *La juridiction...*, cit., p. 104.

⁽³⁰⁴⁾ Com efeito, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 312) escreve o seguinte: «C'est une vérité d'évidence, le temps est consubstantiel à l'urgence».

⁽³⁰⁵⁾ A este propósito, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 132) escreve precisamente o seguinte: «l'intervention urgente du juge ne se justifie que si elle répond à cette finalité. L'urgence naît de la nécessité de sauvegarder des droit et intérêt menacés dans l'attente du jugement au fond. L'urgence, dès lors, suppose l'existence de cet élément finaliste».

⁽³⁰⁶⁾ Neste sentido, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 331.

é necessário para a intervenção do juiz e, por outro lado, depende da existência de um prejuízo que emerge da demora da decisão judicial. Assim, «haverá urgência quando uma demora de dias ou de horas pode tornar-se prejudicial para uma das partes» (307). A urgência neste caso está conectada com a ameaça de prejuízos que decorrem da demora do processo, sendo que, na impossibilidade de acelerar o processo, podem surgir duas situações configuráveis como urgentes: uma que é relativa à situação de facto que é necessária à solução do litígio e que fica exposta a transformações, em termos que dificilmente tal situação de facto é passível de posterior restauração, dando lugar à dita situação de facto consumado, e outra que tem que ver com o agravamento de um prejuízo que resulta se o juiz de urgência não intervier a tempo, podendo configurar-se uma situação de prejuízo grave, sendo que a intensidade insuportável do prejuízo pressupõe a configuração do prejuízo irreparável, isto é, prejuízo não passível de reparação *in natura*, ou de difícil reparação (308). No que respeita à perspectiva finalista da urgência em sentido restrito, cumpre reconhecer que ela também surge neste contexto do processo de *référé*, e não é própria somente dos processos urgentes que são denominados de processos cautelares. Assim, neste processo acessório de matriz francesa, a urgência é avaliada no contexto da efectividade do processo principal, em termos que a medida proferida em *référé* destina-se a facilitar ou a assegurar a efectividade da posterior decisão de mérito (309).

Contudo, para além destes aspectos, cumpre reconhecer que a urgência não apresenta sempre os mesmos caracteres, sendo por isso uma noção contingente, relativa e subjectiva (310). E, sendo contingente, tal significa que corresponde a um estado temporário, que é susceptível de produzir efeitos num período de tempo breve, no âmbito do qual ela existe. É, aliás, neste contexto

(307) Neste sentido, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 313) diz o seguinte: «L'urgence a donc, ici, une connotation particulière associant à l'idée de préjudice dans le retard celle de l'insuffisante célérité du juge du fond. (...) Pour qu'il y ait urgence, il est nécessaire que l'écoulement du temps risque de préjudicier gravement aux intérêts du demandeur avant que le juge du fond puisse assurer leur protection».

(308) Com efeito, como menciona O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 317): «L'urgence ne résulte pas seulement de la crainte de voir disparaître des éléments de fait dont la connaissance serait nécessaire à la solution du litige. L'existence d'une situation d'urgence est aussi reconnue par le juge lorsque, à défaut d'une prompt intervention de sa part, l'écoulement du temps pourrait entraîner la réalisation ou aggravation d'un dommage suffisamment important pour justifier une mesure immédiate. Il suffit, alors, que la mesure sollicitée permette de prévenir une situation pouvant, aux yeux du juge, devenir irréparable ou, à tout le moins, difficilement réparable».

(309) Neste sentido, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 323 e 324.

(310) Neste sentido, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 328.

que os processualistas franceses consideram que tal estado temporário justifica que o «juge du référé» exercite as suas competências excepcionais e derogatórias com vista a decretar uma providência até que seja decidida a questão de fundo. A existência da urgência aparece aqui como uma simples questão de tempo medido, de datas, de prazos e de períodos, que aparece com certa actualidade e tem tendência a desaparecer, sendo que a sua existência também pode prolongar-se num período de tempo ⁽³¹¹⁾. E, para além de contingente, ela é relativa, uma vez que resulta sempre de uma avaliação de vários elementos, sendo que DUGRIP considera que são três os elementos normalmente considerados, a saber: a apreciação acontece no contexto das circunstâncias do caso em concreto, submetido ao juiz, entre as quais está a natureza do litígio, o tipo de medidas que são necessárias para fazer face à urgência e a demora do próprio processo principal. De qualquer modo, a apreciação das circunstâncias envolve alguma discricionariedade e pressupõe uma análise subjectiva dos elementos de facto a partir dos quais o juiz pode encontrar razões para intervir imediatamente. Enfim, porque a noção apresenta elasticidade, a urgência é susceptível de se manifestar com diferentes graus de intensidade, sendo possível distinguir situações de urgência de situações de extrema urgência, por exemplo ⁽³¹²⁾. Na verdade, não é tanto a urgência que é susceptível de variações, é mais a natureza das circunstâncias qualificadas como urgentes que variam, isto é, são as circunstâncias assim qualificadas como urgentes que podem desencadear uma maior ou uma menor pressão, cabendo sempre ao juiz qualificar a situação como urgente. De resto, basta pensar no carácter frágil e fugaz de certo tipo de situação factual ou a possibilidade de um facto superveniente vir a acontecer, modificando a situação litigiosa sujeita ao processo principal ⁽³¹³⁾. A urgência é, pois, relativa e cabe ao tribunal apreciá-la, sendo certo que também é tida em conta a duração do processo principal ⁽³¹⁴⁾. Neste sentido, a urgência também resulta de uma comparação de tempos, isto é, de uma avaliação que atende às circunstâncias do caso e ao tempo necessário para que o juiz da causa principal decida. De uma forma ou de outra, não se duvida que a apreciação é sempre pessoal e, por isso, a noção de urgência apresenta-se «essencialmente subjectiva» ⁽³¹⁵⁾. Neste sentido, ainda assim, DUGRIP, adoptando uma concepção extensiva de urgência, considera que a urgência deve ser compreendida subjectivamente mas a partir de um «stan-

⁽³¹¹⁾ Neste sentido, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 329.

⁽³¹²⁾ Neste sentido, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 330.

⁽³¹³⁾ Neste sentido, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 330.

⁽³¹⁴⁾ Neste sentido, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 331.

⁽³¹⁵⁾ Neste sentido, M. COSSA, «L'urgence en matière de référé», *Gaz. Pal. (II-Doctrine)*, 1955, p. 51.

dard», que lhe conferirá um método de solução, devendo indicar-lhe a direcção em relação à qual a apreciação da situação de urgência deve ser orientada ⁽³¹⁶⁾.

3. A urgência e a perspectiva tridimensional do exercício de poderes estaduais

Estes conceitos merecem alguma reflexão, na medida em que não traduzem a totalidade da realidade da *situação-de-urgência*. Optando por uma noção ampla de urgência processual, que emerge do direito ao processo efectivo e temporalmente justo, cumpre notar que a urgência se revela tanto a partir de um perfil funcional como a partir de um novo perfil estrutural. No contexto funcional, a *situação-de-urgência* manifesta-se como algo que impõe apreciação subjectiva, exigindo, em qualquer caso, uma valoração que atende à necessidade de tratamento privilegiado para obstar a um prejuízo que atingirá a sentença final, sendo que a dimensão do prejuízo e a dimensão da intensidade da urgência em actuar devem medir-se pelo parâmetro do direito ao processo efectivo — na dimensão da efectividade do resultado final do processo. Já o perfil estrutural obriga a considerar a urgência a partir da estrutura do próprio processo e no contexto da sua duração — apelando à consideração do direito ao processo temporalmente justo na dimensão da efectividade do próprio processo.

Temos, pois, para nós que os conceitos de urgência em sentido restrito, de matriz francesa e alemã, e o conceito de *periculum in mora* traduzem apenas um aspecto da urgência processual. E, aderindo a uma concepção ampla de urgência processual, cumpre verificar que no contexto funcional, a *situação-de-urgência* manifesta-se como contingente, relativa e subjectiva, impondo, em qualquer caso, um tratamento privilegiado que se afere pela necessidade de obstar a um prejuízo através de actuação do *sujeito-jurisdicional*, sendo que a dimensão do prejuízo e a dimensão da intensidade da urgência em actuar devem medir-se pelo parâmetro da efectividade do resultado do processo ou seja da execução plena e efectiva da sentença **(3.1.)**. Numa perspectiva estrutural, a urgência revela-se como algo consistente e autónomo, sendo que nesta perspectiva a urgência é integrada na estrutura do processo, transfigurando-se em celeridade na obtenção da realização do direito material, em abreviação e em antecipação da decisão de mérito **(3.2.)**.

3.1. Enfim, a *situação-de-urgência* pressupõe a existência de uma ameaça de um prejuízo que pode ser combatido através de uma actuação jurisdicional

⁽³¹⁶⁾ Neste sentido, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 333.

de urgência. Como escreve JESTAZ, «*l'élément fondamental de l'urgence est l'existence d'une menace qui peut tenir aux circonstances les plus diverses mais qui est susceptible d'être écartée dans tous les cas par une action immédiate*»⁽³¹⁷⁾. Ora, tendo em conta que a situação de urgência pressupõe que a demora na adopção de uma decisão é susceptível de causar um prejuízo grave a quem recorre ao tribunal, contudo, tal afirmação não é suficiente para definir a *situação-de-urgência* processualmente relevante. A definição da *situação-de-urgência* pressupõe igualmente a classificação do prejuízo, sendo que o prejuízo tem de ser grave e irreparável — sendo que tal conceito de irreparabilidade deve ser entendido no contexto da efectividade do resultado final do processo. Quando o prejuízo se manifesta na formação de uma situação de facto consumado não há dúvida de que há, para este efeito, uma *situação-de-urgência*. Assim, quando o julgamento de urgência se inscreve num quadro temporal limitado pela proximidade do acontecimento do prejuízo, é fácil verificar a existência da *situação-de-urgência* que deva ser atendida. O julgamento de urgência impõe-se objectivamente em qualquer um dos casos mencionados. Assim acontece perante a invocação da necessidade de ser emitida uma decisão judicial antes de se expirar um prazo, uma data determinada ou antes de decorrer um período limitado de tempo. Ou então, não existindo um quadro temporal para o litígio, a urgência na resolução do litígio depende da proximidade da concretização do prejuízo e da intensidade da lesão. E aqui ganha destaque a natureza dos direitos ou a dos interesses ameaçados. Há interesses cuja lesão se concretiza na forma da irreversibilidade (total) ou da impossibilidade de reparação *in natura*. Nestes casos, é natural configurar-se uma *situação-de-urgência*. O exercício de liberdades fundamentais de natureza política ou pessoal, de natureza individual ou pública, concretizam vulgarmente situações cuja gravidade de lesão impõe (e deve impor) ao juiz um tratamento judicial urgente⁽³¹⁸⁾, bens e valores constitucionalmente protegidos, relativos à saúde pública, qualidade de vida, o ambiente e o património cultural revelam necessidade de tratamento prioritário. Assim, a análise do quadro da urgência pelo juiz pressupõe a consideração de dois elementos constitutivos da *situação-de-urgência*. Por um lado, a urgência depende

(317) Assim, P. JESTAZ, *L'urgence...*, cit., p. 233.

(318) Assim, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., pp. 66 e 67 e esp. 69) escreve a este propósito o seguinte: «Ainsi, seuls les intérêts essentiels du requérant, envisagé comme citoyen ou individu, sont jugés par la juridiction administrative de nature à être préservés le plus rapidement possible. Les atteintes les plus graves aux situations juridiquement protégées et à la liberté du citoyen ou de l'individu justifient seules l'accélération de la procédure et son adaptation aux nécessités du temps. On mesure ainsi l'importance de la gravité du préjudice dans la décisions du juge de statuer d'urgence».

da ameaça de dano e da natureza dos interesses ameaçados, e, por outro, depende da necessidade de actuação imediata para obstar à consumação do dano, acautelando que a actuação seja efectiva, sendo certo que a intervenção judicial é sempre suscitada com pressão temporal, sob pena de a concretização da ameaça produzir um estado não passível de reversão (ou passível de reversão mas em condições consideravelmente mais difíceis). Há de facto uma relação temporal necessária entre a urgência, o prejuízo e o factor tempo. Como escreve JESTAZ, «se os matemáticos exprimissem esta relação, ela seria talvez formulada nestes termos: a urgência é igual a prejuízo (numerador) sobre o factor tempo (denominador), em termos que a urgência varia em função do prejuízo e em sentido inverso ao factor tempo. Assim, raciocinando, como a situação de urgência é igual a prejuízo sobre o tempo, podemos concluir que quanto maior for o prejuízo e menor o tempo, maior é a urgência. Contudo, como concluiu o autor, «como estes dois termos da relação não são facilmente determináveis, dispensa-se a formulação matemática». Elas dependem sempre de uma apreciação discricionária do juiz, que as avaliará sempre caso a caso ⁽³¹⁹⁾.

É verdade que, em certas circunstâncias, a *situação-de-urgência* é de tal ordem que se torna objectiva. Fácil é perceber, com efeito, que é urgente ordenar a suspensão da eficácia de um acto que declara a utilidade pública, com carácter de urgência, da expropriação de um prédio, cuja fachada tem interesse de ordem arquitectónica, com vista a naquele espaço ser construída uma obra de interesse público, tanto mais quanto a posse administrativa do bem já aconteceu e está agendada para data próxima a demolição do edifício. E o mesmo pode pensar-se a propósito da necessidade de verificação de certos factos quando, no contexto de uma requisição de um imóvel por urgente necessidade do interesse público, o beneficiário utiliza o imóvel para fim diverso do constante da requisição, preparando-se para nele realizar obras significativas que alterarão elementos típicos do edifício. E, ainda, o mesmo se pode dizer no que concerne à necessidade de paralisar os efeitos da declaração da *imprescindível utilidade pública* de determinado projecto privado de turismo, quando o mesmo envolve o abate de milhares de azinheiras ou sobreiros. E, finalmente, o mesmo se pode dizer a propósito do exercício de direitos, quando esse exercício depende da actuação de uma entidade pública e tal só pode acontecer num determinado período de tempo, findo o qual deixa de fazer sentido qualquer tipo de atitude judicial ou administrativa que permita o exercício do direito até

⁽³¹⁹⁾ Assim, P. JESTAZ (*L'urgence...*, cit., p. 8) sintetiza: «au total l'élément décisif de l'urgence n'est ni dans la gravité du préjudice redouté, ni dans le peu de temps dont on dispose pour le conjurer; il est dans un rapport nécessaire».

então negado. Assim, revela urgência a situação referente à realização de uma manifestação, uma reunião, uma greve ou um exame, quando tais eventos estão agendados para uma data próxima e a sua realização depende de comportamento positivo de uma entidade pública, que insiste em opor-se à sua realização, sendo que a actuação jurisdicional perde utilidade se essa actuação não se realizar até à data marcada para os eventos. E revela-se como situação de urgência aquela em que envolve o exercício de direitos ou de cargos dentro de um período de tempo, como seja a apresentação de uma candidatura num concurso público, que está aberto durante dez dias úteis, ou que envolve a realização de uma campanha eleitoral, quando a mesma apenas se desenrola num período de quinze dias, ou que diz respeito ao exercício de um mandato, quando o titular do órgão em causa foi eleito por um período de dois anos. E o mesmo acontece em relação a situações jurídicas de natureza não duradoura, como é o caso das questões litigiosas que envolvem o procedimento eleitoral e o apuramento do seu resultado final. Variando as situações de urgência, podem variar, pois, as soluções processuais. Lamentavelmente, as soluções não variam tanto quanto variam as situações de urgência.

É precisamente esta a deixa para fazer entrar em cena *as situações-de-urgência-atípicas*, uma vez que, na impossibilidade de se encurtar o processo ordinário e na falta de processo curto específico, todas as *situações-de-urgência-atípicas* combinam bem com processos urgentes acessórios (cautelares), destinados a desembocar em decisões provisórias. Imaginemos que os Ministros da Agricultura, do Ambiente e do Turismo, declararam a "imprescindível utilidade pública" de um projecto privado de turismo da empresa *Portucale-Sociedade de Desenvolvimento Agro-Turístico*, ligada ao grupo *Espírito Santo*, que envolve a construção de moradias, hotéis, campo de golfe, centro hípico, uma barragem e um campo de tiro, tudo a realizar na *Herdade da Vargem Fresca*. Segundo o Presidente da Câmara de Benavente, a concretização do projecto terá um impacto positivo na economia do município, já que proporcionará 400 novos postos de trabalho. Contudo, a Associação Ambientalista *Quercus* tomou conhecimento do despacho conjunto publicado ontem e percebeu que a declaração da "imprescindível utilidade pública" daquele projecto turístico se traduziu igualmente numa autorização para se proceder ao imediato abate de 2605 sobreiros naquela *Herdade*.

Ora, tendo em conta que, aos olhos daquela associação, não parece nada proporcional que a realização do empreendimento se faça à custa do abate de um tipo de árvore protegida, a *situação-de-urgência* configura-se exactamente no momento em que se conclui que, nos termos do artigo 50.º, n.º 2, do CPTA, da impugnação daquele acto não decorre qualquer efeito suspensivo automático da eficácia do acto. Pelo que, a urgência decorre da necessidade de impedir que, no entretanto, enquanto se procede à apreciação da validade

do acto, se abata uma só árvore daquele monte. A *situação-de-urgência* é manifesta porquanto da execução daquela decisão administrativa resulta a formação de uma situação de facto consumado ⁽³²⁰⁾. E se a lei processual administrativa não prevê um processo especial urgente para resolver a questão da ilegalidade do acto, ela deve integrar pelo menos um processo urgente acessório que permita provisoriamente conservar o estado de facto referente ao processo, uma vez que só dessa forma se assegura que, quando o tribunal vier anular aquele acto, é possível afirmar que o processo em causa de que o particular lançou mão foi efectivo. Ora, não há dúvida de que o exemplo configura uma *situação-de-urgência* — uma *situação-de-urgência* que precisa de ser tratada na dimensão do tempo presente pelo *sujeito-jurisdicional-da-urgência*. É este que deve antecipar-se no tempo e restabelecer a ponte entre o *sujeito-jurisdicional* e o *sujeito-legislativo*, uma vez que aquele, por si só, não conseguirá restaurar o direito violado. A esse restabelecimento opor-se-á sempre a clara situação de factos concluídos e passados.

O contencioso eleitoral é normalmente o exemplo dado pela doutrina francesa para apontar a existência de uma *situação-de-urgência* autónoma, isto é, de uma situação de urgência que pode ser atendida através de uma diferente técnica processual, uma vez que a provisoriedade não combina com o tipo de pretensões jurídicas urgentes a tutelar. Neste caso, trata-se de uma *situação-de-urgência* que impõe a prolação da decisão de mérito. Na verdade, a pretensão urgente só fica satisfeita com a resolução definitiva do conflito judicial, sendo que tal deve acontecer em tempo breve. O contencioso eleitoral é, de facto, um bom exemplo da urgência apurada a partir de um perfil estrutural, uma vez que o tipo de matéria sobre que versa impõe a existência de um processo estruturalmente harmonizável, que atenda à complexidade da causa e à situação jurídica que é carente de tutela. O direito ao processo temporalmente justo exige pois a existência de processos urgentes autónomos, onde os tipos de *pretensões-jurídicas-urgentes* são consideradas em conexão directa com a obtenção da composição definitiva da questão litigiosa existente. Integram bem este tipo de casos, a *situação-de-urgência-típica-pré-contratual*, referente ao contencioso dos contratos, uma vez que em causa

⁽³²⁰⁾ Para o efeito, considere-se o Decreto-Lei n.º 169/2001, de 25 de Maio, que estabelece o regime de protecção do sobreiro e da azinheira. Este apenas permite o abate de sobreiros em situações excepcionais: para realização de «empreendimentos de imprescindível utilidade pública» e «empreendimentos agrícolas com relevante e sustentável interesse para a economia local» (artigo 2.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*)), sendo que estas declarações são da competência conjunta do Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas, do Ministro da Tutela do empreendimento em causa, se não se tratar de projecto agrícola, e do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do território, no caso de não haver lugar a avaliação de impacte ambiental».

está a iminência da celebração de um tipo de contrato público cujo procedimento de formação se pressupõe que padece de vícios por violar o direito nacional e comunitário, sendo que, também aqui, o ideal nem sempre passa pela decretação de decisões provisórias. Quer do ponto de vista da entidade adjudicante, que não pretende ver as suas obras e serviços paralisados, quer do ponto de vista do operador económico lesado, que pretende ganhar o concurso, quer ainda do ponto de vista dos demais interessados em contratar, o ideal passa pela composição imediata do diferendo e pela restauração rápida do direito violado.

3.2. Como se deixou assinalado, do ponto de vista funcional, a situação de urgência impõe a consideração da efectividade do resultado final do processo. E, do ponto de vista estrutural, a *situação-de-urgência* impõe a consideração da duração do processo, em termos que a estrutura e duração devem ser proporcionais e harmonizáveis à complexidade da causa e à situação de carência que é objecto de tutela. Ao contrário dos primeiros exemplos, os mais recentes demonstram que a *situação-de-urgência* existe só por si, manifestando-se simplesmente na natureza das situações jurídicas que constituem as situações litigiosas ou no tipo de direitos e interesses legalmente protegidos que são objecto do conflito substantivo e processual. Ora, nestas situações, o legislador pode contextualizar especialmente *situações-de-urgência-típicas* tendo em conta ou o tipo de matérias e assuntos relativos à situação litigiosa ou o tipo de direitos e interesses carentes de tutela judicial, devendo fazer corresponder para grupos distintos de *situações-de-urgência* certo contencioso, classificando-o como contencioso urgente por natureza, sendo todo ele globalmente prioritário. Nestes casos, há uma imposição pontual de acção judicial imediata e em alguns casos acção judicial célere ou muito célere, no sentido de que a duração tem de ser proporcional à complexidade do caso e ao tipo de assunto que é objecto de decisão no processo. Trata-se nestes casos de perceber uma identificação entre celeridade e urgência, uma vez que é possível transferir para a estrutura do processo a adaptação necessária.

Se regressarmos aos primeiros exemplos, verificamos que a urgência é avaliável sobretudo do ponto de vista funcional e revela-se numa operação de reconhecimento difícil, porque depende da apreciação do *sujeito-jurisdicional-de-urgência* e, para o efeito, este apenas tem como parâmetro de consideração a efectividade da sentença que vier a ser proferida no processo principal. E a indeterminação da urgência traduz-se igualmente na ausência de uma noção que contenha graus uniformes de intensidade de urgência. Há, na verdade, situações mais ou menos intensas em função da gravidade dos casos e que exigem uma intervenção maior ou menor do *sujeito-jurisdicional-da-urgência*. Às vezes exigem uma intervenção imediata outras vezes apenas célere. E isso está presente na própria terminologia da lei, quando fala de

extrema urgência, absoluta necessidade, celeridade, rapidez e iminência. Em qualquer caso, não obstante se reconhecer que «l'urgence serait plus pressante que la célérité», pensa-se, com P. JESTAZ, «qu'il s'agit là d'une notion d'urgence qui est susceptible de plus ou de mois»⁽³²¹⁾. Há, pois, pequenas e grandes urgências. Em termos gerais, pode dizer-se que a urgência aumenta com a gravidade da ameaça e do prejuízo, com a proximidade da ameaça da lesão, com a demora do processo, com as probabilidades de êxito na acção principal e com a natureza irreversível (ou dificilmente reparável) dos direitos e interesses em causa ameaçados. E diminui com a menor gravidade dos danos que é susceptível de emergir do decretamento da providência administrativa ou judicial, com a natureza reparável do prejuízo, com a fraca aparência do direito a acautelar. O carácter indeterminado da urgência impõe a avaliação actual e em concreto, não obstante em alguns casos ela poder ser presumida.

Enfim, apresentada como categoria ordinária de acção, tanto no perfil social como no agir do *sujeito-administrativo*, fácil é perceber agora, a partir das considerações que fomos expondo ao longo do primeiro parágrafo, que a urgência é hoje também uma categoria ordinária de acção do *sujeito-jurisdicional-de-urgência*. De resto, quer do ponto de vista funcional quer do ponto de vista estrutural, a *situação-de-urgência* pressupõe a existência de uma pretensão jurídica ameaçada de lesão, num quadro temporal imediato ou muito próximo, sendo que a actuação jurisdicional que se requer ao juiz deve concretizar-se necessariamente num quadro temporal curto, sob pena de perda de efectividade do processo e ou perda de efectividade da decisão jurisdicional que vier posteriormente a incidir sobre tal pretensão jurídica. Assim, para além de ser susceptível de condicionar a efectiva separação de poderes, verificamos, agora, que a *situação-de-urgência* também é susceptível de condicionar subjectivamente, anulando as pretensões jurídicas dos particulares.

§ 3. O PROCESSO COMO UMA REALIDADE TEMPORAL

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. O passado simples da justiça administrativa. 2. O passado composto da justiça administrativa. 3. O passado recente da justiça administrativa

0. Introdução

Também o processo administrativo é algo que se vai alterando no tempo e pelo tempo. O contencioso administrativo que conhecemos hoje é bem

(321) Neste sentido, vd. P. JESTAZ, *L'urgence...*, cit., p. 53.

diferente daquele que existia antes da reforma de 2002/2003 ⁽³²²⁾. E assim é também no que respeita aos instrumentos de gestão do tempo no processo. Aquele era, portanto, um sistema-patogénico — um sistema que não só não permitia tratar os interesses dos *sujeitos-no-processo* de acordo com os seus ritmos naturais como muito menos consagrava ritmos processuais compatíveis com os impostos pelo legislador constitucional e europeu. Com efeito, o sistema anterior padecia de insuficiências várias, algumas estruturais e que diziam respeito à própria organização judiciária, envolvendo recursos humanos e serviços, e outras «congénitas», que atingiam a própria lógica do processo e dos mecanismos nele previstos. Durante este período, houve, pois, um défice de efectividade da tutela judicial (1.).

Contudo, como o processo é ele mesmo um elemento sujeito a devir, na segunda metade da década de noventa, os tribunais administrativos, especialmente sensíveis ao direito dos particulares de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva, consagrado nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4 e n.º 5, da Lei Fundamental, procuraram concretizar uma metodologia mediadora no momento de interpretação e aplicação da lei processual. E, assim, por aplicação directa dos preceitos constitucionais, geriram de modo mais generoso o processo da suspensão da eficácia do acto e integraram no contencioso administrativo as providências cautelares não especificadas previstas na lei processual civil, *ex vi* do artigo 1.º da LPTA. Com efeito, dessa inovadora jurisprudência administrativa, que foi sendo criativamente proferida até à entrada em vigor do CPTA, em 2004, pode realçar-se a suspensão da eficácia de actos administrativos em que se procede à ponderação de interesses, à interpretação mais flexível dos pressupostos de deferimento da suspensão e pode destacar-se ainda o decretamento de umas quantas providências cautelares de matriz civilista — incluindo arrestos e arbitramentos provisórios de uma quantia ⁽³²³⁾, providências cautelares não especificadas (de reconhecimento provisório de uma situação jurídica e intimação para inclusão de um direito de preferência de um dos candidatos nas condições de um concurso público) — e outras tantas em sede do contencioso dos contratos, sujeitos ao Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio. E ainda cumpre reconhecer que se procedeu à ampliação (e de certo modo à própria autonomização) da intimação para consulta de documentos ou passagem de certidões (prevista no artigo 82.º da LPTA) e da intimação para comportamento (prevista no artigo 86.º da LPTA). Ainda assim, não pode dizer-se que, até à entrada em vigor do CPTA, o tempo tenha sido considerado como elemento presente e certo na protecção do direito material dos *sujeitos-partes-no-*

(322) Sobre este assunto, vd. SÉRVULO CORREIA, *Direito...*, cit., esp. pp. 533 ss. e 605 ss.

(323) Acórdão do TCA de 30.10.2003, processo n.º 12 780.

-processo-administrativo⁽³²⁴⁾. Ainda assim, um novo *sujeito-jurisdiccional-da-urgência* estava prestes a aparecer no panorama português (2.).

Enfim, perante um quadro de desagrado, que incluía a morosidade da justiça, a falta de instrumentos cautelares de raiz administrativa, a prolongada omissão do legislador ordinário em concretizar o modelo constitucional de tutela jurisdiccional efectiva, que, desde a revisão de 1997, incluía o direito a providências cautelares adequadas, a doutrina foi sugerindo planos gerais ou pontuais de reforma⁽³²⁵⁾. E também em Portugal estaria na altura de conquistar o tempo perdido⁽³²⁶⁾, tal, como de resto, anunciavam os ventos que sopravam da Europa⁽³²⁷⁾. De facto, as notícias que chegavam davam conta de reformas profundas, concretizadas em diversos sistemas, tal como em Espanha, em Julho/1998, e na França e na Itália, em meados do ano 2000. E as reformas dos modelos de urgência pareciam ter seguido uma tendência comum, passível de servir de inspiração ao legislador português: mantinha-se o princípio do efeito não suspensivo dos recursos impugnatórios, ampliava-se o rol dos mecanismos cautelares por via da introdução do princípio do *numerus apertus* no sistema cautelar⁽³²⁸⁾ e consagrava-se, em certos domínios do contencioso administrativo, meios processuais urgentes autónomos. Assim, acontecia, designadamente em Itália e em França⁽³²⁹⁾. De resto, para além da grande novidade, que foi o acolhimento do princípio da atipicidade cautelar⁽³³⁰⁾ na justiça administrativa, as reformas procuravam concretizar mecanismos de *temporalização* do processo, integrando, designadamente, um conjunto de pro-

⁽³²⁴⁾ Para uma síntese, vd. a nossa «A urgência na reforma do processo administrativo», in: *Reforma do Contencioso Administrativo, O Debate Universitário*, Lisboa, 2000.

⁽³²⁵⁾ Neste sentido, D. FREITAS DO AMARAL/M. AROSO DE ALMEIDA, «O novo contencioso administrativo», in: *Expresso*, 3 de Janeiro de 2004, pp. 22 e 23.

⁽³²⁶⁾ No mesmo sentido, mas a propósito da reforma francesa, por S. DE LA SIERRA, «En busca del tiempo perdido. Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia», REDA, 116, 2002, pp. 557 ss.

⁽³²⁷⁾ Para uma síntese, vd. o nosso, *Dos novos processos urgentes...*, cit., pp. 45 a 55.

⁽³²⁸⁾ Por todos, quanto ao modelo espanhol, vd. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (ley 29/1998, de 13 de julio)*, Tomo II, 4.ª ed., 2003, pp. 2278 ss.

⁽³²⁹⁾ Neste sentido e a propósito das preocupações subjacentes à nova sistematização e reforma dos processos de «référé», por todos, vd. D. LABETOULLE, «La genèse de la loi du 30 juin 2000», in: *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, eds. P. WACHSMANN, n.º 5, 2002, pp. 17 ss.

⁽³³⁰⁾ Ainda a propósito do modelo espanhol, vd. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 8.ª ed., Madrid, pp. 638 ss.; C. CHINCHILLA MARÍN, «La tutela cautelar», in: *Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valladolid, 1999, pp. 563 ss.

cessos urgentes autónomos de resolução definitiva de conflitos e a tão necessária sistematização em torno da figura da tutela jurisdicional de urgência⁽³³¹⁾. Também quanto a este aspecto, a influência (e a «censura»⁽³³²⁾) dos Tribunais de Estrasburgo e do Luxemburgo foram determinantes na evolução da jurisprudência portuguesa que assim se foi antecipando à reforma que o legislador viria a realizar em 2002/2003. Uma nova tutela jurisdicional de urgência estava anunciada sob a égide do *ius commune europeu* (3.).

1. O passado da lei processual administrativa

É um facto que o tempo não constituía um elemento essencial do processo administrativo antes da entrada em vigor do CPTA. É certo que a LPTA não desconhecia a figura dos processos urgentes, já que lhe reservava um regime de tramitação próprio num seu preceito (no artigo 6.º). E consagrava expressamente duas intimações urgentes, respectivamente nos artigos 82.º e 86.º, um processo urgente do contencioso eleitoral, no artigo 59.º, o processo de produção antecipada de prova, no artigo 92.º, e o processo de suspensão da eficácia de actos administrativos. E, no que respeita ao regime aplicável à suspensão da eficácia de actos administrativos, cumpre notar que este continha um mecanismo assaz original, quando comparado com os diversos sistemas de matriz francesa, de suspensão provisória e automática dos efeitos do acto suspendendo, sendo que a imediata suspensão eficaz do acto decorria do recebimento pela autoridade administrativa do duplicado do requerimento de suspensão do acto, *ex vi* do artigo 80.º da LPTA. Enfim, como se apontou há um tempo atrás, seria necessário introduzir uma sistematização lógica neste regime, uma vez que a LPTA o não fazia e seria necessário que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* começasse a reconhecer a plenitude dos seus *poderes-deveres*, emergentes da Lei Fundamental e do direito europeu.

Com efeito, no que concerne ao primeiro aspecto, cumpre reconhecer que, sob o critério da acessoriedade, a lei processual antiga mantinha agregados no mesmo capítulo (no capítulo VII) tanto processos urgentes cautelares como processos urgentes de intimação para consulta de documentos ou passagem de certidões e de intimação para um comportamento, como ainda integrava o processo da execução de julgados, um processo que nem seria acessório, nem muito menos

⁽³³¹⁾ A este propósito, por todos, vd. R. GAROFOLI/M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel processo amministrativo*, Milano, 2002.

⁽³³²⁾ A este propósito, vd. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro derecho administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas», REDA, 119, 2003, pp. 473 ss.

seria urgente ⁽³³³⁾. De qualquer modo, para proteger as *situações-de-urgência*, *rectius*, o *periculum in mora*, a lei processual antiga só continha um processo cautelar especificado: o processo de suspensão da eficácia do acto administrativo. E, não obstante estarem previstos dois outros processos urgentes de intimação, toda a tutela de urgência circundava em torno deste processo cautelar. Contudo, a valoração economicista e restritiva de conceitos indeterminados previstos nas três alíneas do n.º 1 do artigo 76.º da LPTA, a apreciação separada desses pressupostos e a ausência de ponderação de interesses públicos e privados, bem como a falta de apreciação do critério da aparência de bom direito e a impossibilidade de suspensão tanto de actos de conteúdo negativo como de normas administrativas são alguns dos exemplos das fragilidades da jurisprudência administrativa em matéria de tutela das *situações-de-urgência*. Enfim, entre nós, como de resto também no contexto do contencioso francês, espanhol e italiano, o processo de suspensão de eficácia de actos administrativos foi adquirindo uma «natureza excepcional» ⁽³³⁴⁾.

Surgiam, pois, neste contexto, expressões qualitativas sobre o contencioso administrativo que apontavam para o défice do modelo, no que dizia respeito à protecção cautelar dos particulares perante os poderes públicos ⁽³³⁵⁾. Com efeito, não existindo um processo cautelar com vocação geral, apto a desembocar em providências cautelares não especificadas e sendo impossível alargar o âmbito do processo de suspensão da eficácia de actos administrativos, muitas eram as situações litigiosas que ficavam à mercê da demora processual ⁽³³⁶⁾. Assim, as limitações do modelo de tutela de urgência tradicional revelavam-se, designadamente, nos momentos em que os particulares solicitavam a suspensão da eficácia de um acto de conteúdo negativo ou uma providência cautelar distinta da suspensão da eficácia de actos administrativos, isto é, sempre que solicitavam a adopção de uma providência cautelar antecipatória. E, de resto, a impossibilidade abrangia tanto a obtenção antecipada (e a título provisório) da realização de uma pretensão jurídica como a intimação da Administração para a prática de uma conduta ou de um acto.

Neste contexto, podemos afirmar que, no passado, o direito substantivo, que atribuía à Administração Pública de tipo francês, «de acto administrativo» ou de tipo executivo, poderes de auto-tutela declarativa e poderes de

⁽³³³⁾ Sobre este assunto, vd. a nossa *Introdução...*, cit., esp. pp. 303 ss.

⁽³³⁴⁾ A este propósito, denunciando a mesma realidade em França e Itália, por exemplo, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 301 ss.; A. ROMANO TASSONE, «Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa», *Diritto amministrativo*, 1, 2001, pp. 23 ss., esp. p. 28.

⁽³³⁵⁾ Sobre este assunto, vd. a nossa *Para uma tutela cautelar adequada dos particulares*, Braga, AEDUM, 1999.

⁽³³⁶⁾ Como tivemos oportunidade de dizer no nosso «Para uma nova tutela cautelar na justiça administrativa. Prólogo de uma batalha...», CJA, 8, 1998, pp. 43 a 48.

auto-tutela executiva, foi combinando bem com o «sacrossanto» princípio do efeito não suspensivo do recurso de anulação de actos administrativos, previsto na LPTA, e com a aplicação restritiva da suspensão da eficácia do acto administrativo, permitindo à Administração Pública beneficiar de mais um privilégio ou prerrogativa: a demora excessiva do processo administrativo — que, como escreve GARCÍA DE ENTERRÍA, a propósito da situação espanhola, neste caso se traduz num «privilégio especialmente odioso» (337). E assim aconteceu porque o tempo era tido como elemento externo do processo, uma vez que a lei processual administrativa não previa suficientes instrumentos equilibrantes dos tempos dos *sujeitos-no-processo*, e o *sujeito-jurisdiccional* votava, por completo, o tempo ao desprezo. A desconsideração do tempo no contencioso administrativo — de que foi prova a lentidão processual e o entorpecimento dos tribunais (338) — constituiu mesmo um alvo preferencial de crítica e de descontentamento. Lembremo-nos que um estado de «crise quantitativa» (339) chegou mesmo a ser reconhecido neste período, dado o aumento *significativo* de litigiosidade, dada a crescente procura de tutela judicial e verificado o insuficiente e desproporcional incremento de oferta (340). Enfim, fácil é perceber que desta situação resultaria o aumento da demora dos processos e consequentemente haveria riscos acrescidos a remediar, já que, como se sabe, a demora do processo é, por si só, causa de danos. Na verdade, não existindo instrumentos cautelares adequados para combater os prejuízos resultantes desta lentidão, a ameaça à honra da justiça foi visível. Cumpre, pois, perceber que, antes da reforma acontecer, os *sujeitos-particulares-no-processo*, enquanto partes num processo pouco equitativo, estiveram pouco protegidos perante os prejuízos da demora dos processos nos tribunais administrativos. E em vão esperaram a «graça» (341) do juiz

(337) Vd. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Introducción», REDA, n.º especial: Comentario a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, 100, 1999, pp. 17 e 18.

(338) A *sobrecarga* dos tribunais administrativos e o conseqüente entorpecimento na realização da justiça administrativa foram, de modo generalizado, reconhecidos em Portugal, quer no âmbito de Seminários realizados — II Seminário de Justiça Administrativa que decorreu em Guimarães, nos dias 16 e 17 de Abril de 1999 (vd. «Manifesto de Guimarães sobre a Justiça Administrativa», CJA, 14, 1999, p. 68) —, quer no conjunto de iniciativas que, a propósito da reforma do contencioso administrativo, o Ministério da Justiça promoveu e desencadeou. A este propósito, fundamentalmente, vd. «Estudo de Organização e Funcionamento dos Tribunais Administrativos», publicação do Ministério da Justiça, Novembro de 2000, esp. pp. 16 a 23.

(339) Neste sentido, J. M. SÉRVULO CORREIA, «Vinte e cinco anos de mutação no Direito», *Fius*, 1999, p. 6.

(340) Sobre este assunto, vd. a nossa *Introdução...*, cit., pp. 18 a 19.

(341) Expressão de O. DUGRIP («Les procédures d'urgence: l'économie générale de la réforme», *revue française de droit administratif*, 2002, p. 246) empregue no mesmo sentido, mas a propósito do tradicional contencioso cautelar francês.

administrativo. Pois, não possuindo o recurso contencioso de anulação efeito suspensivo e estando o deferimento do pedido de suspensão da eficácia do acto sujeito a um exigente quadro legal que impunha «contenção»⁽³⁴²⁾, já não precisa de prova a afirmação de que, até há poucos anos, principalmente até à segunda metade da década de noventa, foram os particulares quem no contencioso dos actos suportou não só o prejuízo que normalmente resulta para quem inicia a instância como também suportou quase todo o prejuízo provocado pela lentidão anormal deste tipo de processo. Basta lembrar as insuficiências de que o sistema do contencioso administrativo ainda padecia em matéria de execução de sentenças, quer no que respeitaria à actuação da Administração em virtude da anulação de um acto administrativo, quer no que dizia respeito ao poder de os particulares exigirem que a Administração extraísse da sentença as devidas consequências — mormente quando estivesse em causa a anulação de actos que tivessem constituído situações de vantagem ou produzido efeitos a favor de alguém que devessem manter-se ou quando estivesse em causa a existência de actos que tivessem sido praticados em conexão juridicamente relevante (e consequente) com o acto anulado⁽³⁴³⁾.

E, ainda por cima, fora do domínio do contencioso dos actos administrativos, foram igualmente os particulares que ficaram a perder antes do tempo, uma vez que o modelo do contencioso administrativo não consagrava outros instrumentos cautelares que, enquanto estivessem pendentes as acções processuais, pudessem obstar à formação de situações de facto consumado ou à produção de danos de difícil ou impossível reparação. E para este resultado também contribuiu o facto de o pedido de suspensão da eficácia de actos administrativos não puder alargar-se a tais domínios e o fato de as intimações urgentes, previstas na lei processual, terem um âmbito de aplicação restrito.

2. O passado composto da lei processual administrativa

Não tivessem sido os tribunais administrativos sensíveis ao princípio da tutela jurisdicional efectiva e significativa parte das pretensões jurídico administrativas ter-se-iam perdido com o excessivo decurso no tempo do recurso contencioso de anulação (2.1.). Com efeito, a partir desta nova metodologia

⁽³⁴²⁾ Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «As transformações do contencioso administrativo na Terceira República Portuguesa», *Leg-CCL*, 18, 1997, p. 75.

⁽³⁴³⁾ Sobre este assunto, vd. D. FREITAS DO AMARAL, *A execução das sentenças dos tribunais administrativos*, 2.^a ed., Coimbra, 1997; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «Actos consequentes e execução de sentença anulatória (um caso exemplar em matéria de funcionalismo público)», *RJUModerna* (1), 1998, pp. 29 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Coimbra, 2002.

de interpretação das normas processuais, inspirada no direito à tutela jurisdicional efectiva e da qual resulta a consideração do tempo como elemento essencial do processo, os tribunais administrativos foram colmatando algumas das insuficiências da lei processual administrativa. E assim, por via da aplicação subsidiária das providências cautelares do CPC e por via de uma interpretação mais flexível do quadro legal das intimações urgentes, foi possível proceder a uma nova *temporalização* do processo, acontecendo esta agora por actuação jurisprudencial (2.2.).

Ainda assim, houve domínios do contencioso administrativo completamente *destemporalizados*. O contencioso das normas emitidas pela Administração no exercício da função administrativa constituiu um domínio em que o tempo não era tido como elemento da realização da tutela jurisdicional. Com efeito, tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo como a do Tribunal Constitucional foram unânimes no sentido de negar a suspensão da eficácia de regulamentos administrativos. O Supremo negou tal possibilidade, quer quando o pedido era apresentado através do processo de suspensão da eficácia de actos, principalmente tratando-se de normas de eficácia imediata, quer quando a pretensão cautelar era formulada através do processo para decretamento de providências cautelares não especificadas (2.3.).

Enfim, cumpriria, pois, ao legislador ordinário alterar a situação. E, de quando em vez, autonomamente ou por imposição comunitária, o legislador teve mesmo de criar meios processuais urgentes com o desiderato de superar falhas existentes em alguns domínios específicos do contencioso. O processo impugnatório urgente, que se poderia fazer acompanhar de medidas provisórias, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, no contencioso de formação dos contratos públicos de empreitada de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, foi um exemplo, ainda assim, bem sucedido desse contributo legislativo, que resultou da transposição da Directiva comunitária *Recursos* e que foi procurando garantir uma protecção jurisdicional eficaz de interesses públicos e privados, neste domínio do contencioso, de feição muito urgente. Inclusive, importa sublinhar que através deste diploma foi pela primeira vez introduzido no contencioso administrativo o princípio da atipicidade cautelar, a ponderação de interesses e um processo assumidamente de natureza urgente, com capacidade para decidir o fundo da causa, tendo sido, contudo, todas estas novidades restringidas àquele domínio do contencioso pré-contratual. Ora, este aspecto não deixa de ser relevante, por dois motivos. Por um lado, porque a fonte da inovação é o *direito processual de urgência europeu* e, por outro lado, porque o seu maior impacto viria a sentir-se no momento da reforma do contencioso, isto é, no momento em que o CPTA, por um lado, veio acolher os dois princípios como estruturantes do novo regime dos processos cautelares e, por outro, veio estruturar as diferentes formas de

tutela de urgência em torno dos dois segmentos de tutela urgente cautelar ou provisória e tutela urgente autónoma e definitiva (2.4).

Já para o contencioso do ambiente, onde seria igualmente necessária a tutela jurisdicional marcada pela prevenção e urgência — uma vez que «quando se trata de interesses difusos ambientais e de vizinhança (...) o pressuposto cautelar do *periculum in mora* se agudiza por força da extrema sensibilidade dos bens ambientais» (344) —, o contributo do legislador tem sido menor. E nem o disposto no artigo 18.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto (345), nem a previsão na Lei de Bases do Ambiente (=LBA) dos embargos administrativos para tutela de direitos respeitantes às relações jurídicas multilaterais no domínio ambiental (artigo 42.º da LBA) superaram esta falta de «meios processuais verdes» (346), originando uma «situação de (indesejável) défice processual do contencioso do ambiente» (347), dada a conhecida dificuldade de interpretação de ambos os preceitos (348) e, neste último caso, dada a aplicação de um mecanismo previsto apenas na Lei, mas não regulado (349) (2.5.).

2.1. Cumpre, pois, continuar a nossa exposição, procurando explicar em que termos se procedeu à gestão do tempo no processo administrativo até à entrada em vigor das alterações introduzidas no contencioso administrativo, pela reforma de 2002/2003. Ou, por outras palavras, cumpre perceber em que termos o factor tempo foi sendo considerado no processo administrativo ao longo

(344) Palavras de L. F. COLAÇO ANTUNES, *O procedimento administrativo de avaliação de Impacto Ambiental*, Coimbra, 1998, p. 722.

(345) Vd., por exemplo, L. F. COLAÇO ANTUNES, «O princípio da precaução: um novo critério jurisprudencial do juiz administrativo», in: *Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração. Tradição e reforma*, Coimbra, 2000, pp. 118 e 119.

(346) Expressão de VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito. Lições de direito do ambiente*, Coimbra, 2002, p. 233.

(347) De facto, VASCO PEREIRA DA SILVA (*Verde cor de direito...*, cit., p. 233) escreve que, salvo a excepção dos denominados embargos administrativos em matéria do ambiente (cuja regulação incompleta obriga, ainda assim, a verdadeiros esforços de “reconstrução” jurídica) não existem meios processuais específicos de defesa do ambiente, o que obriga o aplicador do direito a esforços de “esverdeamento” dos meios processuais genéricos, a fim de lograr uma adequada tutela de direitos e dos bens jurídicos ambientais. No mesmo sentido, L. F. COLAÇO ANTUNES, *O procedimento...*, cit., p. 722.

(348) No que respeita à compreensão e aplicação do artigo 18.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, vd., a título de exemplo, acórdão do STA de 05.12.2001, processo n.º 48 265, publ. in: CJA, 33, 2002, p. 11, com anotação de CARLA AMADO GOMES, «Farsa em dois actos: enganos e desenganos sobre o artigo 18.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto». E vd. tb. NUNO S. M. ANTUNES, *O Direito de acção popular no contencioso administrativo português*, Lisboa, 1997, pp. 68 e 69.

(349) A este propósito, vd. J. J. GOMES CANOTILHO, «Relações Jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo», RJUA (1), 1994, pp. 55 ss.; V. PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito...*, cit., pp. 234 ss.

dos últimos anos, sendo que, ao assim percorremos no tempo a configuração do contencioso administrativo urgente, estamos também a estudá-lo como uma realidade temporal, isto é, como uma realidade sujeita a mudança. E, como sabemos, esta gestão foi, em grande parte, processada através da aplicação dos processos cautelares — *rectius* da aplicação da suspensão da eficácia do acto administrativo.

Comecemos então. Apesar de se mostrar mais inovadora poucos dias antes da reforma acontecer — por efeito da aplicação directa do direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva (previsto no artigo 268.º, n.º 4, da CRP), que, pouco a pouco, foi flexibilizando a obediência aos clássicos princípios do privilégio da execução prévia e da legalidade do acto —, a tradicional prática da suspensão da eficácia de actos administrativos foi sendo posta em causa e foi-se renovando, tanto mais que o quadro legal fixava um conjunto de condições de procedência de quase impossível verificação em concreto ⁽³⁵⁰⁾. Contudo, a renovação não foi tão longe quanto o necessário ou não foi tão criativa quando o desejável, principalmente se a compararmos com a jurisprudência espanhola, francesa e italiana, todas consideradas num momento próximo e anterior às suas (respectivas) reformas (2.1.1.). Ainda assim, também ela não resistiu à pressão que de todos os lados sobre ela foi sendo desencadeada. Claro está que, volta meia volta, a pressão da doutrina foi produzindo resultados inesperados (2.1.2.).

2.1.1. Numa breve síntese, podemos dizer que esta prática tradicional foi caracterizada pela interpretação rígida e formalista dos conceitos indeterminados, previstos nos requisitos de procedência de suspensão (artigo 76.º, n.º 1, alíneas a), b) e c), da LPTA), pela apreciação rigorosa das suas condições de decretação, pela ausência de consideração sumária e antecipada da questão da invalidade do acto impugnado e pela desconsideração do *periculum in mora* de retardamento da sentença anulatória ⁽³⁵¹⁾. Quanto à interpretação dos conceitos de «prejuízo de difícil reparação» e «grave lesão do interesse

⁽³⁵⁰⁾ A este propósito, vd. PEDRO MACHETE, «A suspensão jurisdicional da eficácia de actos administrativos», *O Direito*, ano 123, 1991, II-III, pp. 231 ss., esp. p. 288; GONÇALO CAPITÃO/PEDRO MACHADO, «Direito à tutela jurisdicional efectiva. Implicações na suspensão jurisdicional da eficácia de actos administrativos», *Polis* (3), 1995, pp. 33 ss., esp. p. 75. Vd. tb., para uma análise de conjunto mais desenvolvida, M. FERNANDA MAÇAS, *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, Coimbra, 1996, esp. pp. 147 ss.

⁽³⁵¹⁾ Seguimos, nesta síntese, o nosso raciocínio, já desenvolvido numa anotação a um acórdão do STA, de 05.04.2000, processo n.º 45 899-A, através do qual o Supremo decretou a suspensão da eficácia do despacho do Secretário de Estado da Administração Local e Ordenamento do Território, que havia declarado a utilidade pública, com carácter de urgência, da expropriação de oito parcelas de terreno, sitas na Quinta da Musgueira, necessárias à execução

público», os tribunais administrativos seguiram uma tendência restritiva. O conceito de reparabilidade do direito do requerente (ou dos interesses que este defende no recurso) foi sendo valorado com base em «critérios economicistas»⁽³⁵²⁾, de tal modo que a viabilidade de indemnização do direito e a facilidade de cálculo pecuniário dos danos se mostraram como fundamentos apetecíveis para não considerar preenchido o requisito da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 76.º da LPTA. E também a valoração da alínea *b*) do mesmo artigo não foi de molde a facilitar a suspensão, uma vez que o conceito de «interesse público», salvo raras vezes⁽³⁵³⁾, foi compreendido restritivamente⁽³⁵⁴⁾, sem atender à possibilidade de existência de interesses públicos múltiplos e conflituantes, de interesses privados apoiados por interesses públicos e à possibilidade de interesses públicos suportarem o pedido de suspensão⁽³⁵⁵⁾. E no que respeita ao momento de verificação das condições de procedência da suspensão da eficácia do acto, também, neste ponto, a prática corrente se pautou por critérios de justiça formal. Apreciando estas condições cumulativamente, mas em separado⁽³⁵⁶⁾, os tribunais raras vezes inovaram no sentido da repartição proporcional de riscos (ou ponderação custos/benefícios⁽³⁵⁷⁾) e, no âmbito de relações jurídicas multilaterais, nem sempre estiveram dispostos (e sensíveis) a reconhecer e a ponderar a existência de interesses públicos e privados conflituantes⁽³⁵⁸⁾.

do Programa Especial de Realojamento (PER) da zona do «Alto do Lumiar», entre as quais se integrava a parcela de terreno a destacar do prédio Quinta dos Milagres. Vd. a nossa anotação («Suspensão da expropriação da Quinta dos Milagres: Uma aguarela de mil cores inacabada...»), CJA, 30, 2001, pp. 33 a 52).

⁽³⁵²⁾ Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit. (3.ª ed., Coimbra, 2000, p. 178).

⁽³⁵³⁾ É excepção a esta regra o acórdão do STA de 17.09.1996, processo n.º 40 935. Este acórdão foi publicado nos CJA, 7, 1998, e teve a anotação de JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS («A suspensão da eficácia e a polissemia da noção de interesse público; um salto em frente na protecção do ambiente»), a pp. 10 ss.

⁽³⁵⁴⁾ No mesmo sentido, mas a respeito da prática tradicional de suspensão de eficácia de actos no contencioso administrativo italiano, vd. A. ROMANO TASSONE, «Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa», *Diritto amministrativo*, 1, 2001, pp. 23 ss., esp. p. 28.

⁽³⁵⁵⁾ No mesmo sentido, J.-P. MARKUS («Sursis à exécution et intérêt général», *AJDA*, 1996, p. 260) a propósito do antigo processo de *sursis à exécution* que é muito idêntica à prática portuguesa de suspensão da eficácia de actos.

⁽³⁵⁶⁾ Neste sentido, vd. acórdão do TCA de 25 de Março de 1999, publ. in: F. RODRIGUES PARDAL/A. MADEIRA BORDALO, *Antologia de acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo e Tribunal Central Administrativo*, Ano II, n.º 2, 1999, Coimbra, pp. 267 ss.

⁽³⁵⁷⁾ A este propósito, vd. acórdão de 08.07.1997, processo n.º 42 481, publ. in: CJA, 8, 1998.

⁽³⁵⁸⁾ Para um exemplo de ponderação efectuada, ainda que não completa, no momento de apreciação do pedido de suspensão do acto de declaração com carácter de urgência de utilidade pública de um imóvel com vista à sua expropriação, vd. acórdão do STA de 05.04.2000, processo n.º 45 899-A, publ. in: CJA, 30, 2001, pp. 33 ss.

Ainda a propósito da apreciação das condições de procedência da suspensão, tendo como fundamento uma disposição legal que não a exigia, foi notória na prática jurisprudencial não só a recusa em examinar a aparência de bom direito do particular e, ou seja, a apreciação superficial da ilegalidade do acto impugnado no recurso de anulação como, pelo contrário, foi corrente a afirmação de que «no meio processual acessório da suspensão da eficácia dos actos não há que apreciar a possível invalidade do acto, uma vez que, mercê do benefício da execução prévia que à Administração assistiria, agora expressamente consagrado no artigo 149.º do CPA, [ela gozaria] da presunção de legalidade» (359). E como sabemos, o afastamento da análise das condições de procedência da suspensão da condição do *fumus boni iuris*, que é condição conatural ao juízo cautelar, impediu não só a aproximação relativa de interesses e a sua ponderação proporcional como não deixou que se tratasse de forma especial o pedido de suspensão da eficácia do acto manifestamente nulo (360).

2.1.1.1. De quando em vez, o Supremo Tribunal Administrativo foi mitigando a jurisprudência tradicional com uma nova metodologia na análise dos pressupostos previstos nas alíneas do n.º 1 do artigo 76.º da LPTA, tendo procedido à introdução de inovações pontuais, entre as quais se conta uma nova valoração *in concreto* da alínea *b*) daquele preceito. Assim aconteceu no aresto que versou sobre o pedido de suspensão da eficácia do despacho do Secretário de Estado da Administração Local e Ordenamento do Território, que havia declarado a utilidade pública, com carácter de urgência, da expropriação de oito parcelas de terreno, sitas na Quinta da Musgueira, necessárias à execução do Programa Especial de Realojamento (PER) da zona do «Alto do Lumiar», entre as quais se integrava a parcela de terreno, a destacar do prédio Quinta dos Milagres (361). Na verdade, a metodologia seguida neste caso contrasta, em certos momentos, com aquela que foi tida como pacífica e que fazia depender a suspensão da eficácia de actos administrativos da verificação cumulativa de três pressupostos: (i) um requisito positivo, traduzido no facto de a execução do acto causar provavelmente prejuízos de difícil reparação para o requerente ou para os interesses defendidos no recurso; (ii) e dois requisitos negativos, traduzido um no facto de a suspensão da eficácia do acto não determinar grave lesão do interesse público e o outro no facto de não

(359) Neste sentido, acórdão do STA, de 03.05.1994, publ. in: AD, 403, p. 759.

(360) Neste sentido, M. AROSO DE ALMEIDA, «Medidas cautelares...», cit., p. 145.

(361) Sobre este assunto, vd. a nossa anotação ao aresto em causa (acórdão do STA de 05.04.2000, processo n.º 45 899-A): «Suspensão da Quinta do Milagres: uma aguarela de mil cores inacabada...», CJA, 30, 2001, pp. 33 ss.

resultarem do processo fortes indícios de ilegalidade da interposição do recurso. E, como se apontou nas considerações introdutórias, à interpretação dos conceitos de «prejuízo de difícil reparação» e «grave lesão do interesse público», o Supremo foi seguindo uma tendência uniforme: a dificuldade de reparação do prejuízo foi sendo valorada, salvo raras exceções⁽³⁶²⁾, tendo por base «critérios economicistas», de tal modo que a viabilidade de indemnização e a facilidade de cálculo pecuniário do prejuízo concorreram amiúde para não considerar preenchido o requisito da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 76.º da LPTA; o conceito de «interesse público» previsto na alínea *b*) daquele preceito foi compreendido restritivamente, sem atender à possibilidade de existência de interesses públicos múltiplos e conflituantes, de interesses privados apoiados por interesses públicos⁽³⁶³⁾.

Ora, neste aresto que revisitamos aqui, o Supremo Tribunal procedeu à quantificação económica do prejuízo, e, por isso, tendo considerado de fácil reparação «os prejuízos relativos à privação dos rendimentos provenientes do arrendamento dos armazéns» existentes na propriedade, já que estes seriam quantificáveis e passíveis de avaliação pecuniária», e considerou que seria de difícil reparação o dano resultante da «hipótese» de o requente (e do seu agregado familiar) «ter de vir a mudar de residência», uma vez que a destruição dos edifícios, o «desenraizamento familiar» e a impossibilidade de encontrar na zona de Lisboa uma habitação que reunisse as condições *românticas e paradisíacas* da Quinta dos Milagres (palacete, jardim com lago, ambos do século XVIII), aliada ao facto de esta quinta estar na posse da família há muitos anos, constituem «prejuízos não quantificáveis economicamente».

Por outro lado, quanto a saber se a suspensão do acto que declarara a utilidade pública, com carácter de urgência, da expropriação de parte da Quinta

⁽³⁶²⁾ Constituiu excepção à regra o acórdão do STA de 17.09.1996, processo n.º 40 935 (publ. in: CJA, 7, 1998), uma vez que o Supremo, a propósito do pedido de suspensão da eficácia de um acto de licenciamento de uma operação de loteamento, e tendo a requerente (GEOTA) demonstrado que o dano resultante da realização de obras de urbanização, em local integrante da Zona de Protecção Especial do Estuário do Tejo, acarretaria para o *habitat* das aves protegidas dano que se afiguraria como irreversível, atento o perigo de extinção das espécies, considerou verificada a condição prevista na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 76.º do LPTA.

⁽³⁶³⁾ E mais uma vez o acórdão do STA de 17.09.1996, processo n.º 40 935, constituiu uma excepção à jurisprudência uniforme do Supremo neste domínio. E isto porque o Supremo considerou que, não obstante o acto suspendendo de licenciamento de uma operação de loteamento prosseguir o interesse público, consubstanciado na correcta gestão do ordenamento do território e na instalação de infra-estruturas para as populações locais, a suspensão de tal acto seria justificada pela necessidade de protecção de outro interesse público com aquele conflituante: um interesse ambiental traduzido na protecção da avifauna integrada na Zona de Protecção Especial do Estuário do Tejo.

dos Milagres determinaria «grave lesão do interesse público», o Supremo combinou tradição e novidade, não obstante a imprecisão na compreensão do conceito de «interesse público», uma vez que considerou como «interesse social relevante» o conjunto de interesses públicos envolvidos no caso concreto, já que «o interesse público subjacente a esta expropriação não teria a mesma natureza do interesse visado com a construção de uma auto-estrada, de uma ponte ou de uma barragem de aterro». Para o Supremo, nesta situação específica, o interesse que se opunha à decretação da suspensão não consistiria num «interesse da comunidade em geral», mas traduziria tão só um conjunto de «interesses individuais». Contudo, o mais importante a realçar deste caso prende-se com o facto de a apreciação do requisito previsto na alínea *b*) do artigo 76.º da LPTA ter sido realizada em concreto. E daqui resultou a conclusão de que «nem sempre (e toda) a suspensão da expropriação por utilidade pública urgente determina grave lesão do interesse público», tendo-se afastado da posição tomada, designadamente, no acórdão de 14.01.1998, processo n.º 43368-A, onde tinha esclarecido que «a expropriação por utilidade pública urgente pressupõe que o bem comum exige não só que o bem expropriado passe a pertencer ao expropriante, como ainda que este entre na sua posse o mais rapidamente possível, sob pena de haver grave lesão do interesse público». O Supremo deu claramente um salto em frente no sentido de garantir o direito à tutela jurisdicional efectiva dos particulares no domínio das expropriações por utilidade pública, com carácter de urgência, já que procedeu a uma introdução de um juízo de ponderação de interesses públicos e privados e da sua consideração global, tendo procedido a ligeira introdução da consideração do pressuposto do *fumus boni iuris*, na sua vertente negativa — *não aparência de mau direito*. Enfim, esta nova metodologia aplicada pelo Supremo no acórdão em análise veio demonstrar que a ponderação de interesses públicos e privados e a consideração do *fumus boni iuris* da pretensão do requerente deveriam necessariamente integrar o regime jurídico da suspensão da eficácia de actos administrativos, o que de resto veio a acontecer no artigo 120.º do CPTA ⁽³⁶⁴⁾.

⁽³⁶⁴⁾ É certo que o Supremo já vinha suavizando a sua prática de proceder à apreciação em separado das condições de procedência da suspensão, e já tinha dado indícios de que pretendia introduzir a ponderação de interesses públicos e privados naquele juízo cautelar. Fê-lo, de facto, no acórdão de 17.09.1996 (processo n.º 40 935), a que já fizemos referência, ao decidir sobre a suspensão da eficácia de um acto de licenciamento de uma operação de loteamento, integrada numa área pertencente à Zona de Protecção Especial do Estuário do Tejo. Com efeito, para o Supremo, neste caso concreto, conflituariam dois tipos diferentes de interesses públicos: o interesse público que decorreria da realização daquelas obras, situadas naquela área, opor-se-ia ao interesse público traduzido na protecção da *avifauna* e *habitat* também existentes naquele espaço protegido, tendo acabado por dar prioridade à tutela deste último.

2.1.2. Como apontámos nas considerações iniciais, ao processo cautelar de suspensão da eficácia do acto foi também reconhecida uma «incapacidade congénita» ⁽³⁶⁵⁾ para, através da sua pronúncia, se obter a satisfação de certas pretensões: que a favor do requerente fosse emitido um acto, um acto administrativo favorável ou uma prestação. Desta consideração resultou, como sabemos, entre outros aspectos, a prática corrente de considerar os actos administrativos de conteúdo negativo como actos que não podem ser suspensos ⁽³⁶⁶⁾ — ainda que, sem verdadeiro rigor, se tenham vindo a salvar alguns daquele conjunto de actos de conteúdo negativo que não são passíveis de suspensão, como designadamente os actos negativos com efeitos positivos (recusa de pedidos de renovação, de prorrogação ou manutenção de uma situação jurídica) ⁽³⁶⁷⁾. Não vamos desenvolver aqui as razões desta prática jurisprudencial, vamos apenas dar um exemplo da fragilidade da jurisprudência que versou sobre os pedidos de suspensão da eficácia de actos administrativos de conteúdo negativo. Afirmou a jurisprudência administrativa que o juiz da suspensão do acto de conteúdo negativo não pode especificar os actos e as operações que a Administração deve praticar ao suspender a execução do acto de conteúdo negativo, que através deste processo é impossível regular interinamente, por antecipação, o objecto sob que incide o recurso de anulação e, por isso, tal incapacidade deveria ser superada pela aplicação de outras providências cautelares. *Nec plus, nec minus*. Este foi o entendimento da jurisprudência tradicional portuguesa a este respeito, que perdurou durante muito tempo ⁽³⁶⁸⁾ e que só com a entrada em vigor da nova lei de processo fez diminuir o avanço que a jurisprudência italiana ⁽³⁶⁹⁾ e a francesa foram levando à portuguesa.

Na verdade, ambas as experiências estrangeiras seguiram uma via metodológica idêntica para solucionar as aparentes incapacidades da suspensão da

⁽³⁶⁵⁾ Esta é uma expressão empregue tanto pela doutrina nacional como estrangeira para descrever um mesmo fenómeno descrito no texto. Assim, neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE (*A justiça...*, cit., p. 184) e R. VANDERMEEREN («La réforme des procédures...», cit., p. 706).

⁽³⁶⁶⁾ A este propósito, vd. acórdãos do TCA de 18 de Janeiro de 1997 e de 25 de Março de 1999, ambos recolhidos in: F. RODRIGUES PARDAL/A. MADEIRA BORDALO, *Antologia de acórdãos...*, cit. (Ano II, n.º 2, 1999), pp. 261 ss. e 264 ss.

⁽³⁶⁷⁾ Sobre esta problemática, vd. CLÁUDIO MONTEIRO, *Suspensão da eficácia de actos administrativos de conteúdo negativo*, AAFDL, Lisboa, 1990, pp. 125 ss.; M. FERNANDA MAÇAS, *A suspensão judicial...*, cit., esp. pp. 84 ss.

⁽³⁶⁸⁾ A este propósito, quebrando a tendência tradicional, vd. o acórdão do TCA de 06.06.2002, processo n.º 11 391, in: CJA, 36, 2002, pp. 40 ss.

⁽³⁶⁹⁾ A este propósito, para uma síntese, M. CONCETTA FUCCILLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Padova, 1999, pp. 100 a 122, esp. pp. 101 a 111; M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, pp. 161 a 189.

eficácia do acto, ainda na vigência das respectivas leis anteriores ⁽³⁷⁰⁾. Não podemos, por isso, deixar de lembrar aqui estes avanços. Na Itália, na falta de um mecanismo semelhante ao artigo 700.º do c.p.c., que permitisse ao juiz emitir, no caso concreto, a medida cautelar mais adequada para proteger certas pretensões perante a Administração ⁽³⁷¹⁾, a jurisprudência administrativa, com a concordância (deduzida da sentença n.º 190/1985) da *Corte Costituzionale*, possibilitou aos particulares, no âmbito do processo de suspensão da eficácia do acto administrativo de conteúdo negativo, alcançar providências de conteúdo antecipatório de satisfação dessas pretensões. Pelo reconhecimento de uma natureza «análoga» entre os poderes do juiz da causa cautelar e os poderes do tribunal em sede de juízo de «ottemperanza», foi, assim, viável obter o adiamento da prestação de serviço militar (perante a recusa da sua dispensa), a participação com reserva numa prova escolar (perante o indeferimento do pedido de admissão ao exame de «maturità»), a admissão com reserva de um candidato num concurso (em face da sua exclusão), o deferimento provisório do pedido de inscrição no «albo dei consulenti del lavoro» (perante a sua recusa) e o deferimento provisório da autorização de ensino de música (em face da rejeição de tal pedido) ⁽³⁷²⁾. E o avanço jurisprudencial francês foi no mesmo sentido, ainda que mais recente e com menos exemplos. Se o caso *Amoros* (de 23 de Fevereiro de 1970) — no qual foi negado o pedido de suspensão de uma decisão que recusava classificar alguns estudantes de medicina e que lhes negava o pedido de divulgação das respectivas notas ⁽³⁷³⁾ — marcou a tendência tradicional da jurisprudência do *Conseil d'État*, cujos fundamentos não divergiam dos que suportam ainda hoje a prática portuguesa ⁽³⁷⁴⁾, já o caso *Ouatah*, em Dezembro de 2000, permitiu ao *Conseil d'État*, «talvez

⁽³⁷⁰⁾ A propósito da jurisprudência tradicional, vd. O. SCHRAMECK, «Le sursis à exécution des décisions de rejet», rfd a (4), 1988, pp. 47 ss.

⁽³⁷¹⁾ Sobre este assunto e sobre a evolução da jurisprudência administrativa italiana e as alterações introduzidas pelo artigo 3.º da Lei n.º 205 de 2000 a propósito da tutela cautelar face a actos de conteúdo negativo, vd. R. GAROFOLI, «La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo», DPA (4), 2002, pp. 866 ss.

⁽³⁷²⁾ A este propósito, para uma síntese, vd. L. BERTONAZZI, «Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione», DPA, 1999, pp. 1208 ss.; G. D'INNELLA, *L'evoluzione della tutelae...*, cit., pp. 13 e 14.

⁽³⁷³⁾ A este propósito, vd. *Affaire Ministre d'Etat Chargé des Affaires Sociales c. Sieur Amoros et autres*, AJDA, 1970, pp. 174 ss.

⁽³⁷⁴⁾ A propósito destes fundamentos, vd. a anotação ao *Affaire Ministre d'Etat Chargé des Affaires Sociales c. Sieur Amoros et autres*, por X. DELCROS, AJDA, 1970, pp. 179 ss.; e por M. WALINE, RDP, 1970, p. 1035 ss.

movido por um fim pedagógico»⁽³⁷⁵⁾, inverter o sentido desta corrente. Perante um pedido de suspensão da eficácia da decisão do *Consul général* da França na Tunísia, pela qual recusava a um tunisino a emissão de um visto de entrada no território francês, o Conselho de Estado, ainda dias antes da entrada em vigor da Lei de 30 de Junho de 2000 e, por conseguinte, ainda fora do contexto do novo «*référé-suspension*» — que agora expressamente inclui a possibilidade de suspensão de actos de conteúdo negativo (ou «*décisions de rejet*», artigo L. 521.1 do CodeJA)⁽³⁷⁶⁾ — reconheceu que o *juge du sursis à exécution* podia usar dos poderes de *injonction* que a Lei de 8 de Fevereiro de 1995 veio atribuir, no momento executório, ao juiz da causa principal. Deste modo se esclareceu que da pronúncia do *sursis* podem derivar para a entidade requerida intimações, ordens e obrigações concretas de execução: de reexaminar a demanda, num certo prazo determinado, por exemplo, ou de tomar todas as medidas asseguradoras úteis indicadas pelo juiz tendo em conta o objecto do litígio⁽³⁷⁷⁾. Enfim, se desde Fevereiro de 1995, o juiz administrativo podia, mesmo que em termos de mérito, dirigir *injonctions* à Administração, também a título provisório, no âmbito do processo acessório àquele, o deveria poder fazer. Como reconheceu o *Commissaire du gouvernement*, «afinal, quem podia o mais, podia o menos»⁽³⁷⁸⁾.

2.1.2.1. Cumpre reforçar o que há pouco afirmámos, a propósito da metamorfose pela qual passou a jurisprudência relativa à aplicação da suspensão da eficácia de actos administrativos, começando por dar um exemplo que tem que ver com a suspensão da eficácia de um acto de conteúdo negativo. E, assim, tendo entendido que o acto em causa não seria um puro acto de conteúdo negativo e tendo considerado verificados os pressupostos do artigo 76.º, n.º 1 da LPTA, o Supremo ordenou a suspensão da eficácia da «lista dos candidatos não acreditados», na parte em que esta afectaria um profissional de

⁽³⁷⁵⁾ Neste sentido, P. CASSIA/A. BÉAL, «Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés», JCP, 20, 2001, p. 981.

⁽³⁷⁶⁾ Neste sentido, vd. R. DENOIX DE SAINT MARC, «La réforme des procédures d'urgence: le nouveau référé administratif», rfd (16), 2000, pp. 946 e 947; R. VANDERMEEREN, «La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif», AJDA, 9, 2000, pp. 967 e 968; G. ECKERT, «Du sursis à exécution au référé-suspension», in: *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000...*, cit., pp. 117 ss.

⁽³⁷⁷⁾ Neste sentido, vd. F. LAMY, «Conclusions sur Conseil d'État, Section, 20 décembre 2000, Ouatah», rfd (17), 2001, pp. 371 ss.

⁽³⁷⁸⁾ Para mais desenvolvimentos, quanto ao sentido destas conclusões, vd. P. CASSIA/A. BÉAL, «Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés», JCP (20) 2001, p. 981, nr. 3, e p. 987. E vd. Tb. M. GUYOMAR/P. COLLIN, «Chronique général de jurisprudence administrative française», AJDA, 2, 2001, pp. 146 e 147.

odontologia. Assente, por conseguinte, que, neste caso concreto, o Supremo admitiu a suspensão da eficácia de um acto de conteúdo negativo *impuro*, urge, pois, trazer à colação as razões da solução ditada no aresto *sub judice*, tanto mais que, durante muito tempo, como é comumente sabido, o mesmo tribunal superior procedeu a uma aplicação contida da suspensão da eficácia de actos administrativos, tendo reconhecido nele a existência de uma «incapacidade congénita» para, em certas situações, satisfazer as pretensões jurídicas dos particulares, negadas pelo acto de conteúdo negativo suspendendo, como afirmámos. Enfim, como se apontou a doutrina dominante do Supremo nesta matéria assentou numa metodologia que consistiu, a partir de certa altura, em distinguir subtipos de actos de conteúdo negativo e em tratar privilegiadamente as pretensões relacionadas com alguns deles (2.1.2.1.1.). De facto, tendo em conta que o Tribunal Constitucional, no início da década de noventa, ainda duvidava de que a própria garantia de suspensão da eficácia de actos administrativos recorridos estivesse constitucionalmente assegurada ⁽³⁷⁹⁾, não seria, pois, de esperar que a «catarse» jurisprudencial e dogmática do processo da suspensão da eficácia de acto administrativo fosse realizada. Inicialmente, houve, com efeito, a redução da *coisa* ao seu *nomen iuris*, da qual resultou a rejeição liminar de pretensões merecedoras de tutela ⁽³⁸⁰⁾. Mas, por sorte, as dificuldades iniciais foram superadas por via da aplicação de uma metodologia mais conforme ao princípio da tutela jurisdicional efectiva (2.1.2.1.2.).

2.1.2.1.1. Como se disse nas considerações introdutórias, durante um período inicial, o processo de suspensão da eficácia do acto recorrido não foi considerado idóneo para obter a suspensão da eficácia de acto de conteúdo negativo. E, de facto, num primeiro momento, justificando essa incapacidade com a «falta de idoneidade do objecto do pedido de suspensão de eficácia», «a corrente jurisprudencial largamente maioritária do Supremo foi no sentido de excluir a admissibilidade da dedução do pedido de suspensão de eficácia [de certos] actos administrativos: aqueles que, por não produzirem efeitos, não [poderiam ser] objecto de suspensão». Com efeito, em 1992, o Supremo Tribunal Administrativo, a propósito do pedido de suspensão da eficácia da deliberação de não admissão de um candidato num concurso interno para provi-

⁽³⁷⁹⁾ Cfr. acórdão do TC n.º 303/94 (processo n.º 564/92), de 24.03.1994, publicado in: *Diário da República*, II série, n.º 198, de 27.08.1994, pp. 8851 ss.

⁽³⁸⁰⁾ Como já tivemos a oportunidade de assinalar na nossa *Introdução...*, cit., esp. pp. 325 ss., e para a qual se remete para consulta de bibliografia e jurisprudência que versa sobre este assunto.

mento de lugares de assistente de saúde pública na Administração Regional de Saúde de Santarém, entendeu que não deveria aceitar-se a suspensão da eficácia de tal acto porque «a suspensão da eficácia do acto só poderia verificar-se desde que o tribunal, por via do decretamento da suspensão, vinculasse a Administração à prática de um acto contrário», o que, de todo em todo, seria impossível através de tal processo. Afinal, como se viria mais tarde a acrescentar, «a hipotética possibilidade de [dirigir] injunções [à Administração], tendo em vista a prática de actos positivos, não [estaria] prevista em sede do meio de suspensão», pelo que «[a suspensão da eficácia do acto de conteúdo negativo], a ser decretada, seria susceptível de ser interpretada como visando a prática de um novo acto de sinal contrário, o que se traduziria em manifesta intromissão na esfera da actividade administrativa, claramente não permitida pelo sistema jurídico» ⁽³⁸¹⁾. A negação da possibilidade de suspensão da eficácia de actos, com tal conteúdo, só veio, anos depois, a ser justificada com a falta de utilidade da suspensão e com a falta de interesse em agir por parte do particular.

E, com efeito, o Supremo foi dando conta de que a doutrina, até então seguida, conduziria a situações de denegação de tutela jurisdicional efectiva. E, deste modo, procurando reduzir tais casos de injustiça, aquele tribunal superior começou por distinguir duas situações, reconhecendo que as de urgência, concernentes a «actos só aparentemente de conteúdo negativo» e as respeitantes a «actos negativos com efeitos positivos» mereceriam uma tutela privilegiada, uma vez que o particular poderia obter um efeito útil do deferimento da suspensão naqueles casos, ainda que, à primeira vista, assim não parecesse. E, neste sentido, «perante um acto negativo, mas com efeitos secundários positivos, [o Supremo passou a considerar que] não se [poderia] rejeitar *a priori* a possibilidade de suspensão, sem analisar a situação em concreto», uma vez que «[poderia] muito bem suceder que um acto de conteúdo negativo [produzisse] acessoriamente efeitos de natureza secundária», devendo a suspensão «nestes casos, tornar possível a manutenção ou conservação de uma situação jurídica anterior». E as razões mais conformes ao princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva, que suportariam esta abertura da jurisprudência do Supremo no sentido de admitir a suspensão da eficácia dos actos administrativos negativos impuros ou com efeitos positivos, seriam as mesmas que permitiriam contemplar os actos administrativos que só aparentemente teriam conteúdo negativo. Já para os outros actos administrativos de conteúdo negativo, os actos de «conteúdo puramente negativo, ou absolutamente

⁽³⁸¹⁾ Neste sentido, acórdão do STA de 15.05.1997, processo n.º 42 106, in: AD, n.º 444, pp. 1516 a 1519.

negativo», que para o Supremo «seriam aqueles de que não resultaria, nem secundariamente, nenhum efeito inovador nas relações jurídicas entre o particular e a Administração», deveria existir uma outra solução: «não seriam passíveis de suspensão uma vez que para o requerente não resultaria qualquer efeito útil do decretamento da suspensão pretendida» (382). Daqui resultaria, pois, a noção de actos negativos impuros, isto é, de actos que, para além do efeito principal de recusa da pretensão do requerente, gerariam necessariamente um efeito secundário ou acessório que modificaria a respectiva situação de facto ou de direito.

2.1.2.1.2. E, como se apontou, à semelhança da experiência vivida em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros — *maxime* no italiano — o direito dos particulares à tutela jurisdicional efectiva obrigaria à introdução de melhorias neste domínio da suspensão da eficácia de actos de conteúdo negativo, como, de resto, o aresto que decidiu sobre o caso do *concurso de acreditação como odontologista* o demonstra. Neste processo, o Supremo, não obstante também ter seguido o sentido da jurisprudência anterior, procurou assegurar a tutela jurisdicional efectiva do requerente, tendo para o feito aprimorado os critérios que este vinha estabelecendo para distinguir os actos de conteúdo negativo passíveis de suspensão, introduzindo, portanto, neste domínio a tão necessária flexibilidade.

Neste acórdão é, de facto, repetida a jurisprudência do Supremo quanto à possibilidade de suspensão da eficácia do acto de conteúdo negativo. Aliás, como sublinhou, invocando o conteúdo do acórdão do STA, proferido em 26.02.2003, «a jurisprudência [deste tribunal] vem desde há muito recusando a suspensão de actos de conteúdo negativo, no entendimento de que a mesma nenhuns benefícios poderia trazer ao interessado, pois deixaria inalterada a ordem jurídica anterior». De acordo com este entendimento, decretar a suspensão em tais situações implicaria a «prática de um acto administrativo de sinal contrário, efeito esse incompatível com a natureza de uma providência cautelar e não permitido pelo nosso ordenamento» (383). E continuando, o Supremo lembrou que «esta doutrina [do Supremo] só tem tido aplicação aos actos de conteúdo puramente negativo, ou absolutamente negativo, isto é aqueles de que não resulte, nem secundariamente, nenhum efeito inovador nas relações jurídicas entre o particular e a Administração», estando dela ausentes «os actos só aparentemente de conteúdo negativo» e «os actos negativos com efeitos secundários positivos» (384).

(382) No mesmo sentido, vd. acórdão do STA de 27.10.1999, processo n.º 45 398-A.

(383) Neste sentido, acórdãos de 13.05.1998, processo n.º 43 656; de 18.10.1999, processo n.º 45 403; e de 24.02.2002, processo n.º 330/02.

(384) No mesmo sentido, vd. acórdão do STA de 27.10.1999, processo n.º 45 398-A.

Reconhecida e aceite a jurisprudência anterior, cumpriria ao Supremo, logo em seguida, aplicá-la no caso concreto, qualificando o acto suspendendo, o que fez do seguinte modo: «a decisão de não acreditar, ou reconhecer, [o requerente] como odontologista, e que formalmente resulta da sua inclusão na lista de candidatos não acreditados» não constituiria um acto administrativo de conteúdo puramente negativo, ou absolutamente negativo, pois, na medida em que o profissional já vinha exercendo a sua actividade de odontologista desde 1976 e visto que «a não acreditação pela Administração Pública [teria] realmente como efeito, doravante, a impossibilidade de continuação do exercício da profissão», este acto, contido na lista homologada, modificaria realmente a situação do profissional. Mais: o Supremo considerou que «o acto em causa [viria], efectivamente, introduzir uma modificação importante na situação de facto e de direito do requerente», dado que, se antes, a actividade do profissional era, «no mínimo, tolerada, constando inclusivamente de uma inscrição ou registo de odontologistas», a partir do acto suspendendo se configuraria «uma situação de ilegalidade ou clandestinidade, pois [pareceria] estar-se na presença de um mecanismo único, ou exclusivo, de regularização profissional», para o qual não se [descortinaria], no quadro actual, outra alternativa».

Em suma: quando tudo nos levaria a crer que o Supremo Tribunal Administrativo iria repetir qualificações anteriores, à semelhança da decisão contida no acórdão de 18.01.1999 (recurso n.º 2492/99), em que o Tribunal Central considerou que «o acto que recusa [a um profissional] a inscrição na Associação dos Técnicos Oficiais de Contas, requerida ao abrigo da Lei n.º 29/98, de 3 de Junho», «nenhuma alteração introduz na esfera jurídica do administrado, deixando a sua esfera na situação em que se encontrava antes», e iria afirmar que desse acto «não poderia haver efeitos susceptíveis de serem ou deixarem de ser suspensos», é introduzida uma novidade. Ora, se naquele processo, o TCA considerou que «a suspensão daquele acto não traria qualquer efeito útil para o requerente, a menos que se entendesse, traduzir-se o pedido de suspensão na concessão do que se pediu através do requerimento dirigido à Comissão de Inscrição da referida Associação e também entendeu que tal não [seria] viável, [já que] significaria a interferência do poder judicial na esfera própria da função administrativa», já, no presente aresto o Supremo concluiu não estar em presença de um acto absolutamente de conteúdo negativo. Pelo contrário, para o Supremo o acto em causa «só em primeira aparência, ou ao nível da sua expressão formal é que [possuiria] conteúdo negativo», já que só depois de verificadas todas as circunstâncias a ele referentes, se poderia concluir pela sua classificação como acto só aparentemente de conteúdo negativo.

Enfim, depois de qualificado o acto nestes termos, e depois de apreciar *in concreto* os pressupostos previstos no artigo 76.º da LPTA, decretou a suspensão da eficácia da lista final homologada pelo Secretário de Estado Adjunto

do Ministro da Saúde, na qual o requerente figurava como «candidato não acreditado» por «não ter feito prova suficiente do exercício profissional», permitindo, deste modo, que o mesmo continuasse provisoriamente e até à prolação da acção principal a exercer de modo *legítimo* aquela actividade negada pelo acto suspendendo.

2.2. Como se apontou nas considerações anteriores, as limitações do contencioso cautelar administrativo manifestaram-se em diversos domínios do contencioso administrativo, designadamente naquele que incidiu sobre a actuação não jurídica, prestadora e lesiva, da Administração. Quando numa actividade material de exercício e em «via de facto», incluindo as execuções *ultra vires* e a execução de actos nulos, a Administração ameaçava lesar irreversivelmente os administrados, a procura dos tribunais comuns constituiu a saída mais apetecível para alcançar uma pronta tutela jurisdicional, visto vez que, nestes tribunais, a protecção urgente e cautelar (de natureza antecipatória) era mais próxima, mais certa e mais eficaz ⁽³⁸⁵⁾. Contudo, na segunda metade da década de noventa, a jurisprudência administrativa deu um passo importante no sentido de consertar a relação entre o tempo e o juiz administrativo. E, com efeito, procurando temporalizar todos os domínios do contencioso administrativo, os tribunais administrativos de 2.^a instância, trouxeram para este domínio as providências cautelares não especificadas do CPC, fazendo-o *ex vi* do artigo 1.º da LPTA e com fundamento no princípio da tutela judicial efectiva.

Neste contexto, importa trazer à colação a primeira providência cautelar não especificada admitida na jurisdição administrativa ⁽³⁸⁶⁾ **(2.2.1.)**. E, depois, cumpre lembrar uma das primeiras providências cautelares não especificadas efectivamente decretada pelos juizes administrativos **(2.2.2.)**. Finalmente, há uma providência cautelar de matriz civilista que cumpre relembrar aqui, uma vez que é extremamente inovadora **(2.2.3.)**.

2.2.1. O acórdão do STA de 07.03.1996 (processo n.º 39 438) constitui, sem dúvida alguma, um marco na jurisprudência do Supremo que versa sobre o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva. Este é, na verdade, o primeiro aresto em que o Supremo Tribunal Administrativo decide sobre a questão da aplicabilidade no contencioso administrativo de providências cautelares não especificadas de natureza civilista e é nele que o Supremo

⁽³⁸⁵⁾ A este propósito, vd. CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra, 1999, pp. 197 a 211 e pp. 297 a 343.

⁽³⁸⁶⁾ acórdão publicado in: BMJ, n.º 455, 1996, pp. 276 ss.

esclarece quais são os seus pressupostos legais de deferimento, não obstante ter, neste caso concreto, concluído pela extinção da instância por inutilidade superveniente da lide. Este aresto, que versou sobre o caso *Mercado Municipal de Santo Tirso/1996* é inovador a vários níveis: inaugurou a aplicação no contencioso administrativo das providências cautelares não especificadas, não obstante, no início, essa aplicação ser ainda caracterizada por alguma incerteza (2.2.1.1.), e fixou algumas linhas orientadoras quanto à apreciação dos pressupostos de deferimento das providências cautelares, *maxime* quanto ao pressuposto de bom direito da pretensão do requerente, constituindo assim um importante contributo para a fixação de metodologia a seguir pelos diversos níveis da jurisdição administrativa (2.2.1.2.).

2.2.1.1. Como se apontou, a jurisprudência ditada no presente aresto veio corrigir algumas das fragilidades do contencioso previsto na LPTA, tendo procedido à ampliação do rol dos instrumentos cautelares nesta lei previstos. E, à semelhança de experiências vividas em outros ordenamentos jurídicos vizinhos, e também por via da influência crescente da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a aplicação jurisprudencial da tutela cautelar inominada no contencioso administrativo aconteceu em Portugal como decorrência do direito fundamental de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva, consagrado nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da Lei Fundamental. E assim, nessa altura, não tendo o legislador ordinário concretizado o *indirizzo* constitucional, coube aos tribunais administrativos de 2.º instância proceder à integração no contencioso administrativo da tutela cautelar inominada de natureza civil, tendo-o realizado por remissão do artigo 1.º da LPTA ou por aplicação directa dos preceitos constitucionais (artigo 268.º, n.º 4). E, de facto, à semelhança do experimentado noutros ordenamentos jurídicos, foi o juiz administrativo quem supriu a omissão daquele. Aliás, o vento trazido de outras paragens, contava que o juiz administrativo espanhol e italiano decretavam providências cautelares não especificadas, ainda que o cardápio da tutela cautelar previsto nos respectivos diplomas aplicáveis ao contencioso administrativo não contemplasse providências cautelares diferentes da suspensão da eficácia de actos administrativos, tendo sido considerado para tal suficiente que a Lei Fundamental garantisse o direito dos particulares à tutela jurisdicional efectiva. Também na França e na Alemanha, por força do mesmo princípio, era possível ao juiz administrativo decretar medidas urgentes provisórias, sem que este se devesse considerar vinculado ao limite rígido do princípio da proibição da antecipação da causa principal.

2.2.1.2. Este acórdão é, de facto, um marco na jurisprudência do Supremo ditada no âmbito das providências cautelares não especificadas. É pioneiro tanto

a aceitar a sua aplicabilidade no contencioso administrativo como a enumerar os pressupostos legais de que depende a sua decretação, tendo contribuído sobretudo para o entendimento dos conceitos de *fumus boni iuris* e *summaria cognitio*. Num primeiro momento, e tendo em conta que, na acção principal, os autores pretendiam que fosse declarado o seu direito a ocupar no Mercado Municipal lojas com a mesma área e a mesma localização das que ocupavam anteriormente ou que aquelas entidades públicas fossem condenadas a pagar-lhes as indemnizações que se viessem a liquidar em execução de sentença pelos prejuízos decorrentes da perda de estabelecimentos ou pela sua desvalorização em consequência da sua menor área ou da diferente localização, o Tribunal Administrativo de Círculo do Porto indeferiu a providência cautelar por entender que aquele processo cautelar seria «inidóneo para alcançar o fim visado», já que entre aquela acção principal e o processo cautelar não existiria a relação de *instrumentalidade* necessária.

Mas, o mesmo não entendeu o Supremo. Pelo contrário, considerou que aquela providência seria admissível no contencioso administrativo. E, pela primeira vez, o Supremo esclareceu quais deveriam ser os pressupostos legais das providências cautelares não especificadas a decretar no contencioso administrativo («nos termos dos artigos 384.º, 399.º e 401.º, todos do Código de Processo Civil», *ex vi* do artigo 1.º da LPTA). Assim, e embora não tendo procedido a esta qualificação precisa, indicou como pressupostos de deferimento da providência cautelar não especificada, *primo*, a probabilidade séria da existência do direito a tutelar, *secundo*, o justo e fundado receio de que outrem causa lesão grave e de difícil reparação a esse direito e, *tertio*, não exceder o prejuízo resultante da providência o dano que com ele se quer evitar. E indicou, ainda, um quarto pressuposto legal das providências cautelares não especificadas a decretar no contencioso administrativo, *rectius* pressuposto legal de admissibilidade: a não existência de providência específica para acautelar o mesmo direito ⁽³⁸⁷⁾. Enfim, tudo levaria a crer que a decisão do Supremo teria

⁽³⁸⁷⁾ E quanto ao modo como procedeu em concreto à análise destes pressupostos, designadamente do *periculum in mora*, o tribunal, servindo-se de doutrina clássica que ensina, entre outros aspectos, que «o requerente deve convencer o tribunal que a demora da decisão a proferir na acção principal lhe acarreta realmente um prejuízo», sendo que «para justificar o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação não bastaria qualquer acto, mas sim aquele que [fosse] capaz de gerar uma dificuldade notável, importante para o exercício do direito», considerou que a paralisação ou suspensão demorada de certa actividade comercial seria factor relevante para um afastamento da clientela. De facto, tal situação «[alteraria] o *statu quo* existente, causando nesses requerentes justo e fundado receio de que tal direito [fosse] gravemente lesado, em termos de difícil reparação», «visto que, se a acção principal viesse a ser favorável ao requerente, «o *statu quo* poderia ter-se alterado por completo», de tal modo que «sem o decretamento da providência, a eficácia da acção, tendo em conta o direito a tutelar pela mesma, [ficaria] afectada,

sido no sentido do deferimento da providência solicitada, se, no entretanto, não tivessem sido demolidos todos os pavilhões, onde os requerentes vinham exercendo provisoriamente as suas actividades comerciais, tendo o tribunal «julgado extinta a instância da providência cautelar requerida e o presente recurso jurisdicional, por inutilidade superveniente da lide».

2.2.2. Depois deste, outros exemplos lhe seguiram. E assim, os tribunais administrativos através de uma providência cautelar ordenaram a uma autarquia que «[se abstivesse] de realizar uma hasta pública para escolha de um novo concessionário [de ocupação de um espaço público para instalação de um posto de abastecimento de combustível] sem incluir nas condições do concurso o direito de opção do requerente» ⁽³⁸⁸⁾; e permitiram a um militar usufruir, interina e antecipadamente, de um *status* de modo a poder apresentar a sua candidatura a um órgão autárquico ⁽³⁸⁹⁾. As providências cautelares não especificadas encontraram no contencioso administrativo um lugar ⁽³⁹⁰⁾. E, não gozasse o pedido de suspensão de eficácia do acto de primazia quase absoluta, tal como o recurso contencioso de anulação gozou perante a acção para reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos, e os exemplos poderiam ser outros. Como a coordenação entre os âmbitos de aplicação destes processos não foi resolvida até hoje, nem sempre os interesses subjacentes à causa principal foram de modo certo e uniforme protegidos e nem sempre os particulares saíram significativamente a ganhar com a aplicação das providências cautelares do CPC ⁽³⁹¹⁾.

já que o direito nela reconhecido [seria] dificilmente reintegrado». E, quanto ao juízo ponderativo de conveniência da prolação da providência, o tribunal concluiu que «as despesas eventualmente decorrentes para a Câmara Municipal de S. Tirso com o deferimento da providência não excederiam os danos que com ela os particulares pretendiam evitar.

⁽³⁸⁸⁾ Providência cautelar não especificada de 27.10.1997, decretada pelo TAC de Lisboa, relativa ao processo n.º 77/97.

⁽³⁸⁹⁾ Providência cautelar não especificada de 18.03.1999, proferida pelo TCA, relativa ao processo n.º 2690/99.

⁽³⁹⁰⁾ Neste sentido, por exemplo, acórdão do STA de 24.10.2002, processo n.º 1072/02. Vd. tb. acórdão do STA de 16.04.2002, processo n.º 1588/02, pelo qual se considera o TCA competente para conhecer do recurso jurisdicional de uma providência cautelar não especificada de intimação à Direcção Geral de Pescas e Aquacultura para emitir licença de pesca para uma embarcação e para admitir o projecto de candidatura do requerente a subsídio para substituição de embarcação.

⁽³⁹¹⁾ As dificuldades na harmonização dos campos de actuação do processo de suspensão e das providências cautelares estão marcadas no acórdão do TCA de 27.02.1998, processo n.º 847/98. Algumas pistas quanto à solução foram dadas pelo TCA, no acórdão de 04.02.1999, processo n.º 2263, publ. in: CJA, 18, 1999.

2.2.3. E, como se apontou, uma das mais recentes e inovadoras providências cautelares decretadas no contencioso administrativo, ainda ao abrigo da legislação anterior, foi a da condenação do Estado-juíz português ao pagamento de uma quantia mensal, com fundamento na responsabilidade deste, por dano decorrente do direito à emissão de sentença em prazo razoável. Como se apontou em anotação ao mesmo, este traduziu-se na altura como um *mirabile dictu* no contexto da aplicação de tutela cautelar e no quadro das garantias do direito à emissão da sentença em prazo razoável. Falamos do acórdão do TCA de 30.10.2003 (processo n.º 12 780), pelo qual o juiz administrativo, tendo considerado indiciada a obrigação de indemnização do dano decorrente da violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, condenou o Estado-juíz, através do decretamento de uma providência cautelar especificada prevista na lei processual civil, a reparar provisoriamente esse dano, sob a forma de renda mensal. O acórdão *faialense* do TCA — se assim o quisermos designar — não foi, de facto, o primeiro a reconhecer que o ordenamento jurídico português consagra o direito a uma decisão judicial em prazo razoável, tão-pouco foi dianteiro a reconhecer a responsabilidade do Estado pelos prejuízos decorrentes da violação da garantia processual do prazo razoável; e muito menos foi pioneiro a decretar uma providência cautelar antecipatória com vista a realizar no contencioso administrativo a tutela jurisdicional efectiva de direitos fundamentais. E, tudo somado, o aresto *sub judice* foi admirável, como dissemos, não só porque consolidou os avanços dados nestes domínios pela jurisprudência dos tribunais administrativos, mas também porque foi o primeiro a fixar uma renda mensal provisória a favor da vítima do mau funcionamento do serviço de justiça. Além disso, esta foi a providência que surgiu depois de passados dez anos, desde que o juiz administrativo decretou pela primeira vez uma providência cautelar não pertencente ao cardápio das medidas cautelares previstas na LPTA, confirmando-se, com tal aresto, que a realização da tutela jurisdicional plena e efectiva na jurisdição administrativa dependeria da aplicação de providências cautelares, conservatórias ou antecipatórias, que fossem adequadas ao caso concreto. E, assim, o caminho, entretanto, percorrido pela jurisprudência revelou que nem somente de providências cautelares atípicas se precisa no contencioso administrativo. E tanto se precisa que o legislador veio consagrá-la no artigo 112.º, n.º 2, alínea e), tendo fixado para ela pressupostos especiais de deferimento no artigo 133.º do CPTA.

2.3. Enfim, a evolução jurisprudencial neste domínio foi, portanto, espantosa. Contudo, houve domínios em que o tempo nunca foi tido em conta pelo juiz administrativo. Na verdade, no contencioso da actividade regulamentar, em especial a que é imediatamente lesiva, foi igualmente quem iniciou

o processo que saiu antes do tempo perdedor. Assim, uma vez que o modelo antigo de justiça administrativa não previa um mecanismo cautelar próprio para obter a suspensão da eficácia de normas, incluindo as normas de eficácia imediata, os administrados ainda tentaram alcançar protecção cautelar, solicitando, num primeiro momento, a aplicação extensiva do processo de suspensão de eficácia de actos a esta situação, e depois a aplicação das providências cautelares não especificadas ⁽³⁹²⁾. Contudo, o STA e o TCA, apoiando-se num fundamento literal assente no ETAF (1) e na LPTA, contando com aval do Tribunal Constitucional, negaram reiteradamente tal possibilidade ⁽³⁹³⁾. A orientação oposta doutrinal ⁽³⁹⁴⁾ teve, portanto, pouco impacto nesta prática ⁽³⁹⁵⁾. E o sentido da jurisprudência administrativa tem sido o mesmo, ainda que o pedido de suspensão da eficácia de normas se faça por via do recurso às providências cautelares não especificadas ⁽³⁹⁶⁾. O STA, com fundamento na configuração sistemática do artigo 268.º da CRP, relativa aos *distintos* n.º 4 e ao n.º 5, já afirmou que esta espelha uma intenção ou vontade constitucional, ainda concretizada na legislação ordinária: a protecção jurisdicional *especial*, prevista no n.º 5, relativa a actos normativos e regulamentares não inclui, e pelo contrário afasta, a adopção de medidas cautelares adequadas.

Na verdade, ainda antes da entrada em vigor da nova lei processual administrativa, o Supremo, chamado a resolver uma questão do género ⁽³⁹⁷⁾, veio

⁽³⁹²⁾ acórdão do STA de 11.07.2002, processo n.º 0997/02, acessível in: www.sta.mj.pt.

⁽³⁹³⁾ Cfr., nomeadamente, acórdãos do STA de 13.05.1986 anotado por AFONSO QUEIRÓ, publ. in: RLJ, ano 120, pp. 376 ss.; de 17.05.1988, processo n.º 25 946, publ. in: RMP, n.º 5, 1989. Vd. tb. acórdão do STA de 09.05.1996, processo n.º 40 044-A, e acórdão do TCA de 15.01.1998.

⁽³⁹⁴⁾ A este propósito, por exemplo, vd. MARIA DA GLÓRIA F. DIAS GARCIA, «Os meios cautelares em direito processual administrativo», SI, 1994, p. 216; F. ALVES CORREIA, «A impugnação jurisdicional de normas administrativas», CJA, 18, 1999, p. 24.

⁽³⁹⁵⁾ A este propósito, para uma síntese, vd. JOSÉ LUÍS MOREIRA DA SILVA, «Cassandra e o artigo 268.º, n.º 5, da Constituição», CJA, 35, 2002, pp. 24 ss.

⁽³⁹⁶⁾ Neste sentido, vd. acórdão do TC n.º 556/00 de 13.12.2000, processo n.º 288/98, publ. in: CJA, 35, 2002, pp. 24 ss.

⁽³⁹⁷⁾ Assim, tal questão foi apresentada por professores catedráticos da Faculdade de Arquitectura da Universidade Técnica de Lisboa. E a apresentação da providência cautelar teve como objectivo obter, por um lado, a suspensão parcial do ponto n.º 4 do Despacho Reitoral n.º 6/2001, de 6 de Junho, que veio prever a composição e as competências da Comissão de Assuntos Científicos da Faculdade de Arquitectura daquela Universidade, e, por outro, a intimação do reitor para proferir novo despacho complementar, devendo este prever certas matérias, tais como a revisão curricular, a proposta dos júris para provas de doutoramento e agregação, a abertura de concursos para vagas de professor e a distribuição de serviço docente, como sendo da competência do Plenário do Conselho Científico. A este propósito, vd. acórdão do STA de 11.07.2002, processo n.º 0997/02.

reiterar esta mesma posição num aresto de 11.07.2002 — uma posição que é absolutamente uniforme, que é iniciada com o acórdão de 13.05.1986 e que, mais tarde, veio acolher o aval do Tribunal Constitucional. E ela é a da inadmissibilidade da aplicação da suspensão da eficácia de actos administrativos ao contencioso regulamentar e a da inadmissibilidade de aplicação de qualquer providência cautelar. Com feito, o Supremo veio, pela primeira vez, naquele aresto afastar as providências cautelares não especificadas do domínio do contencioso dos actos normativos da Administração, rejeitando a tutela cautelar tanto a montante como a jusante das decisões normativas. Nesta altura, tudo indicava que se deveria aguardar pela entrada em vigor do CPTA.

Enfim, como apontámos, durante o período de vigência da LPTA e do ETAF (1), a protecção jurisdiccional efectiva dos particulares não foi isenta de imperfeições. E esta afirmação faz todo o sentido quando referida ao contencioso administrativo dos regulamentos, uma vez que, não obstante, a legislação ordinária ter previsto meios processuais para atacar os regulamentos ilegais, a verdade é que, quanto à possibilidade de solicitar a suspensão da sua eficácia, nenhuma delas previa um instrumento cautelar próprio. Reconhecida a existência de uma *lacuna* do modelo de justiça administrativa para garantir a tutela provisória aos interesses públicos e privados envolvidos — *maxime* os interesses dos destinatários dos regulamentos ilegais imediatamente lesivos e o interesse público à legalidade da actuação administrativa regulamentar — os particulares ainda procuraram lançar mão do processo de suspensão da eficácia de actos administrativos para fazer cessar interinamente a aplicação de regulamentos imediatamente exequíveis. Contudo, o Supremo negou essa possibilidade, tendo para tal invocado dois tipos de argumentos, um de ordem literal e outro de natureza material (2.3.1.). E, para o Tribunal Constitucional, a interpretação dos preceitos da LPTA e do ETAF (1) realizada pelo Supremo, a que acabámos de aludir, seria conforme aos ditames constitucionais, quer com os vigentes em 1989, quer com os posteriormente revistos em 1997. Com efeito, este Tribunal, nas várias vezes em que teve ocasião de se pronunciar, esclareceu que as normas constantes da Lei Fundamental (artigo 268.º, n.ºs 4 e 5) excluíam a tutela cautelar do domínio da actividade regulamentar da Administração (398). Os tribunais administrativos de primeira instância seguiram, pois, quer esta jurisprudência, quer a orientação do Supremo (2.3.2.).

2.3.1. Uma vez que os regulamentos imediatamente exequíveis têm uma capacidade lesiva semelhante à dos actos administrativos, já que os seus efei-

(398) Neste sentido, vd. acórdão do TC n.º 556/00 de 13.12.2000 (publicado in: CJA, 35, 2002, pp. 24 ss.).

tos se fazem sentir na esfera jurídica dos particulares logo com a sua entrada em vigor e visto que, por serem normas gerais e abstractas, possuem uma susceptibilidade lesiva mais abrangente — por isso, mais digna de tutela cautelar, já que inclui uma pluralidade de destinatários indeterminados — os particulares ainda procuraram lançar mão do processo de suspensão da eficácia de actos para obterem interinamente a paralisação dos seus efeitos. Mas, o Supremo negou essa possibilidade, tendo para tal invocado dois tipos de argumentos, um de ordem literal e outro de natureza material. Ambos os tipos de argumentos eram já bem conhecidos ⁽³⁹⁹⁾. O primeiro, que é esgrimido com mais frequência pelo Supremo para justificar o indeferimento da tutela cautelar do âmbito regulamentar, corresponde ao «elemento literal dos preceitos» previstos na LPTA e no ETAF (1), já que, designadamente, o artigo 26.º, n.º 1, alínea *m*), e artigo 51.º, n.º 1, alínea *e*), do ETAF (1) apenas se refeririam a «actos», sendo que, no artigo 51.º, n.º 1, alínea *l*), do ETAF (1), esta expressão teria sido usada em sentido técnico preciso: actos administrativos concretos. O outro — *id est: a ratio* da suspensão da eficácia do acto em conjugação com a natureza normativa da figura regulamentar — foi também invocado pelo Supremo para justificar a inadequação do processo de suspensão da eficácia de actos administrativos para alcançar a paralisação dos efeitos de normas administrativas ⁽⁴⁰⁰⁾. Assim, em síntese, o carácter normativo dos regulamentos — o valor da segurança jurídica e da estabilidade do ordenamento jurídico associado à necessidade da prossecução do interesse público — por um lado, e o regime jurídico previsto nos diplomas aplicáveis, LPTA e ETAF (1), por outro, seriam razões para excluir a tutela cautelar do contencioso regulamentar.

E esta jurisprudência absolutamente uniforme do Supremo foi reiteradamente seguida pelos níveis inferiores da jurisdição administrativa. Assim aconteceu, a propósito do pedido de suspensão da eficácia do «Regulamento dos horários de funcionamento de estabelecimentos comerciais do Município de Albufeira», tendo o Tribunal de Círculo, por sentença de 22.09.1997, decidido, sem surpresa, pela impossibilidade de suspensão de eficácia de normas regulamentares ou outras emitidas no desempenho das funções administrativas, já que a legislação em vigor — *maxime* o artigo 51.º, n.º 1, alíneas *e*) e *l*), do ETAF (1) e o artigo 76.º da LPTA — restringiria a suspensão da eficácia aos

⁽³⁹⁹⁾ Na verdade eles foram, pela primeira vez, enunciados no famoso acórdão de 13.05.1986 (publicado na RLJ, ano 120.º, n.º 1763, pp. 299 e ss., com anotação de AFONSO QUEIRÓ, apoiando a tese da inadmissibilidade, e no BMJ, n.º 258, p. 300) e, posteriormente, no aresto de 17.05.1988 (publicado na RMP, n.º 5, Junho/Julho de 1989, p. 57, e BMJ, n.º 377, p. 328). Mais recentemente, foram ambos reiterados no acórdão de 09.05.1996 (no processo n.º 40 044-A).

⁽⁴⁰⁰⁾ Vd. acórdãos do STA de 10.12.1991, de 26.01.1993, de 01.09.1993, de 30.06.1998.

actos administrativos, e tendo o Tribunal Central Administrativo, por acórdão de 15.01.1998, confirmado a mesma posição. Por sua vez, o Tribunal Constitucional, chamado a apreciar a constitucionalidade da interpretação das normas constantes da LPTA e ETAF (1), realizada pelos tribunais anteriores naqueles processos, veio confirmar que, quer se tivesse em conta o quadro constitucional existente em 1989, quer o posteriormente introduzido com a reforma de 1997, o *indirizzo* constitucional seria contrário à aplicação da tutela cautelar neste domínio. Com efeito, o Tribunal Constitucional afirmou no acórdão n.º 556/00, de 13.12.2000, que, face ao artigo 268.º, n.º 5, da CRP, na versão de 1989, «o direito à suspensão da eficácia de um acto administrativo, constituindo um acréscimo garantístico relativamente ao próprio recurso contencioso, [não englobaria] nele a suspensão da eficácia de regulamentos administrativos, circunscrito que era o preceito constitucional aos actos administrativos». E, «apreciando a questão à luz da versão resultante da revisão constitucional de 1997», este Tribunal entendeu que «não [resultaria] da alteração introduzida no n.º 5 do artigo 268.º (...) que fosse intenção do legislador constitucionalizar o recurso às providências cautelares relativamente a normas regulamentares, em respeito ao princípio da tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legítimos dos administrados, pois se a suspensão de eficácia passou a estar prevista no n.º 4 do actual 268.º no âmbito dos concretos actos administrativos, já o mesmo não se [diria] quanto aos regulamentos, visto que, relativamente a estes, o n.º 5 do preceito [cuidaria] exclusivamente do direito a impugnar as normas administrativas com eficácia externa, lesivas dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos».

2.3.2. Conhecida a razão pela qual o Supremo não admitiu a suspensão da eficácia de normas regulamentares através do processo da suspensão da eficácia de actos administrativos recorridos, e sabido que tal compreensão é perfeitamente conforme à Lei Fundamental, cumpre, agora, enunciar os dois argumentos que vieram suportar num aresto bem recente, já referenciado nas considerações introdutórias, a inadmissibilidade da suspensão da eficácia de regulamentos administrativos, através das providências cautelares não especificadas, sendo que um deles é de cariz formal e o outro de natureza material. Assim, em primeiro lugar, depois de reconhecer que a «admissibilidade [das providências cautelares não especificadas] não [seria] irrestrita, antes se [deveria conter], [tendo em conta] o quadro constitucional e legal, no âmbito da impugnação de actos administrativos», o Supremo explicou que «não [seria] admissível a adopção de medidas cautelares conservatórias ou antecipatórias relativamente a actos de natureza normativa, como [seria] o caso dos regulamentos normativos», tendo para tal invocado um argumento de ordem formal: «esta limitação [resultaria], desde logo, de modo implícito, do próprio texto

constitucional, concretamente do confronto dos n.ºs 4 e 5 do artigo 268.º da Lei Fundamental», uma vez que o teor do n.º 4 [permitiria] concluir que «apenas [estaria] prevista a adopção de providências cautelares relativamente a actos administrativos», não aludindo a actos normativos ou regulamentares, e o teor do n.º 5, que consagra a garantia de impugnação de normas administrativas, não [mencionaria], como o faz o n.º 4, a possibilidade de adopção de medidas cautelares». De acordo com este entendimento da jurisprudência do Supremo, o «silêncio, no n.º 5, do legislador constitucional, relativamente à possibilidade de adopção de medidas cautelares adequadas, acabada de incluir no número imediatamente precedente, só [poderia] ter o sentido de admissibilidade limitada à impugnação de actos administrativos. E mais: se fosse verdade que o n.º 4 já incluísse os actos normativos, teria de se considerar o n.º 5 inútil, o que, de acordo com a posição do Supremo, «manifestamente, não [seria] pensável num texto de revisão constitucional, e numa norma (artigo 268.º) que vem sofrendo, ao longo do tempo, sucessivas e significativas alterações de redacção. Assim sendo, considerando perfeitamente consonante com o texto constitucional, o Supremo afirmou que a lei ordinária, a LPTA e o ETAF (1), não incluíam qualquer procedimento cautelar (típico ou atípico) relativo a actos normativos ou regulamentares.

E, em segundo lugar, invocando um argumento de natureza material, que atende a *ratio* dos processos cautelares e à natureza normativa da figura regulamentar, para o Supremo não seria compreensível entendimento diferente, visto que seria muito mais gravosa e complexa a anulação ou a paralisação da eficácia das normas do que a dos actos administrativos, dadas as características de generalidade, traduzida na indeterminação dos seus destinatários (ou na sua definição por meio de conceitos ou categorias universais) e de abstracção, que consiste na previsão hipotética das situações objectivas (que se aplicam sempre que concorram os elementos típicos da previsão), das primeiras e a natureza individual e concreta dos segundos. «Compreende-se», para dizê-lo com a própria expressão retirada do texto do acórdão do Supremo, que «a lei não preveja (pelo menos por enquanto) para os actos normativos o mesmo grau de impugnabilidade contenciosa prevista em geral para os actos administrativos, designadamente quanto aos meios cautelares», podendo, em certos casos, ser suficiente para eliminar efeitos lesivos decorrentes da aplicação de normas ilegais a possibilidade de o tribunal, por razões de equidade ou de interesse público, reportar os efeitos da declaração de ilegalidade de normas à data da entrada em vigor da norma ou a momento ulterior». Com feito, nessa altura, num período em que ainda não tinha entrado em vigor o CPTA — e que, por isso, não faria sentido invocar as suas normas que prevêm tal possibilidade — o Supremo considerou que o preceito do n.º 3 do artigo 11.º do ETAF (1), que permitia a retroactividade dos efeitos cassatórios da declaração

de ilegalidade de normas, conciliaria bem, em sede de função normativa ou regulamentar, os interesses em confronto, incluindo a autonomia regulamentar administrativa e a função de controle judicial. Pelo que, para o Supremo, a solução de compromisso prevista nessa norma, n.º 3 do artigo 11.º do ETAF (1), demonstraria, em termos de coerência sistemática, a inadmissibilidade de procedimentos cautelares relativamente a actos normativos ou regulamentares.

Perante esta argumentação, cumpriria concluir: o pedido de providência cautelar formulado pelo Professores Catedráticos, no sentido de alcançarem a suspensão parcial do n.º 4 do Despacho Reitoral em simultâneo com a intimação ao Reitor para proferir regulamentação complementar e provisória de modo a definir um novo regime de competências do Conselho Científico, não teria cabimento em nenhum procedimento cautelar típico previsto nessa altura na LPTA, nem através da suspensão da eficácia de actos, uma vez que este não contemplaria senão actos administrativos individuais e concretos, deixando de fora a suspensão judicial da eficácia de diplomas regulamentares — acórdão do STA de 26.01.1993, processo n.º 31 530 — nem mesmo através da intimação para comportamento, já que esta não poderia ser dirigida contra a autoridades administrativas, e nem tão pouco através das providências cautelares não especificadas, já que estas estariam constitucionalmente afastadas do domínio do contencioso da actuação normativa da Administração.

2.4. Já melhor sorte coube ao contencioso dos contratos da Administração. E, de facto, ficou a dever-se ao impulso do legislador europeu o benefício que o legislador nacional viria a introduzir neste domínio do contencioso administrativo. É certo que antes da entrada em vigor do CPTA e do ETAF, o regime tradicional do contencioso da actividade contratual da Administração Pública padecia de vários paradoxos. Na verdade, tendo como arquétipo o regime dicotómico de origem francesa, o sistema tradicional português do contencioso dos contratos da Administração Pública assentava na lógica da dicotomia — ou *lógica de divisão de uma coisa em duas*. Assim, tal matriz estava, pelo menos, desenhada em três níveis: entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado da Administração, cuja relevância se estendia à questão da repartição da competência entre o foro administrativo e o foro judicial; entre a acção de interpretação, validade e execução (incluindo ainda a responsabilidade), relativa a contratos administrativos, e o recurso contencioso de anulação de actos destacáveis em relação aos contratos da Administração; e entre o recurso ordinário de anulação de actos relativos aos procedimentos contratuais e o recurso de anulação urgente de actos procedimentais relativos a contratos de empreitada de obras públicas, fornecimento de bens e prestação de serviços.

Enfim, a certa altura, e por força também do embate das novas influências do Direito comunitário nos modelos tradicionais configurados nos orde-

namentos jurídicos dos Estados-membros, pode mesmo dizer-se que o regime jurídico português do contencioso tradicional dos contratos da Administração Pública acabou transformado num «verdadeiro labirinto, onde não [seria] fácil encontrar o caminho» — como escreve MARIA JOÃO ESTORNINHO ⁽⁴⁰¹⁾. Senão vejamos. Assim, em primeiro lugar, a destriça entre contratos de direito privado da Administração e os contratos administrativos constituiu uma das inúmeras dificuldades a que a doutrina, até hoje, não foi capaz de responder de forme uniforme. E, claro está, numa relação de co-dependência com essa questão, uma outra foi sendo colocada à jurisprudência portuguesa: a da delimitação do âmbito da jurisdição administrativa em matéria do contencioso dos contratos da Administração Pública. Com efeito, assentando na dicotomia contrato administrativo/contrato de direito privado, o sistema anterior de repartição de competência jurisdicional em matéria de contencioso relativo à actividade contratual da Administração Pública configurava uma separação inflexível de contenciosos, que, volta meia volta, era completamente surpreendido por situações novas, que dificilmente se compadeceriam com tal rigidez. Por conseguinte, se para a jurisdição administrativa estava reservado o contencioso dos contratos administrativos, isto é, o contencioso referente aos litígios emergentes dos *contratos administrativos* e para a jurisdição judicial era recambiado o rol de questões relativas aos *contratos de direito privado* celebrados pela Administração, a verdade é que tal cisão radical foi suplantada pela dinâmica do sector contratual, mormente daquele domínio em que o Direito comunitário mais exercia a sua influência.

Aliás, na sequência das directivas comunitárias foi sendo criado um regime jurídico substantivo tendencialmente uniforme, aplicável a uma série de contratos da administração, independentemente da classificação clássica de tais contratos. Ora, se do ponto de vista de direito substantivo, tais contratos estavam sujeitos a um conjunto de princípios e regras (regras que disciplinavam o procedimento pré-contratual), independentemente de serem qualificados como contratos administrativos ou como contratos de direito privado, logo, aqui, em relação aos comportamentos que a Administração adoptasse nesses procedimentos se colocava um problema de repartição da competência entre o foro administrativo e judicial. E, de facto, transpostas as diversas directivas comunitárias, *maxime* a Directiva *recursos*, aquele critério delimitador dos âmbitos da jurisdição administrativa e judicial em matéria contratual foi fatalmente vencido, já que novas questões referentes ao procedimento de formação de certos contratos, incluindo os que viessem a ser classificados como sendo de

⁽⁴⁰¹⁾ Sobre este tema, vd., fundamentalmente, MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Contencioso dos contratos da Administração Pública», CJA, 24, 2000, pp. 11 ss.

direito privado, passaram a ser da competência dos tribunais administrativos e não dos tribunais judiciais — como deveria ser suposto, em razão da aplicação do critério tradicional de repartição de competências entre o foro administrativo e judicial. Enfim, para responder à dificuldade de delimitação do âmbito da jurisdição administrativa em matéria de contencioso dos contratos, que, como se viu, foi acentuada pela propensa uniformização, do ponto de vista substantivo, de aspectos do regime de formação dos contratos da Administração, a ciência do direito administrativo foi propondo a uniformização do regime do ponto de vista contencioso. Claro está, em detrimento do foro judicial, o foro administrativo deveria ganhar competência para decidir novas questões de contencioso dos contratos da Administração, independentemente de tais questões serem concernentes a contratos de direito privado da Administração ou a contratos administrativos.

Assim, em segundo lugar, a existência de dois meios jurisdicionais próprios e adequados para resolver dois tipos diferentes de questões relativas aos contratos da Administração constituiu mais uma das inúmeras dificuldades que o sistema tradicional do contencioso dos contratos da Administração encerrava. Com efeito, foram diversos os problemas decorrentes de um sistema assente na dualidade de meios processuais, dada a falta de articulação entre o recurso contencioso de anulação de actos administrativos procedimentais ou relativos à fase de execução dos contratos e a acção sobre a interpretação, validade e execução (incluindo responsabilidade) dos mesmos contratos. Foi, pois, frequente verificar uma total ausência de ligação entre as esferas de actuação do «juiz do acto» e a do «juiz do contrato», de tal modo que nem a figura do «acto destacável» conseguiu salvar o sistema — um sistema, aliás, de propensão para o efeito platónico. Efectivamente, dada a falta de articulação entre a acção e o recurso, não só se assistiu com frequência à constituição de situações de facto consumado, uma vez que a decisão do recurso era ditada numa altura em que o contrato estaria já celebrado (ou mesmo cumprido), como se assistiu também à inutilidade daquela via impugnatória, visto que o terceiro que tivesse lançado mão com sucesso do recurso de anulação com vista a impugnar um dos actos procedimentais, estando destituído de legitimidade processual, não conseguia retirar qualquer consequência prática da anulação do acto ao nível da validade do contrato (2.4.1.).

E, assim, em terceiro lugar, a ausência, de todo em todo, de processos urgentes e cautelares, numa primeira fase, e a falta de articulação entre o recurso de anulação comum e o recurso de anulação especial, previsto no Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, numa segunda fase, constituíram mais dois exemplos — sendo este, agora, o terceiro — das inúmeras dificuldades de que padeceu o regime do contencioso dos contratos da Administração. Com efeito, o *deficit* de meios cautelares, *id est*, de instrumentos adequados

para obstar à formação de situações de facto consumado, sobressaiu do grupo das dificuldades do contencioso contratual tradicional, que só foi suavizado com a transposição da Directiva 89/665/CEE. De facto, da transposição da Directiva *recursos* para o ordenamento jurídico português, surgiu um sistema assente na dualidade do regime do contencioso pré-contratual — um regime geral de âmbito alargado, configurado em torno do recurso de anulação de actos procedimentais, e um regime especial de impugnação urgente de âmbito restrito. Ainda assim, não sendo clara a natureza desta acção urgente, ficou por resolver, nessa altura, como deveria concretizar-se a articulação entre este recurso especial e o recurso de anulação ordinário e como deveria classificar-se aquela acção, se alternativa ou complementar (2.4.2.).

Enfim, contas feitas, o sistema tradicional do contencioso contratual apresentava três fragilidades, uma decorrente da rigidez do critério de delimitação do âmbito da jurisdição administrativa em matéria de contencioso dos contratos da Administração, outra emergente da ausência de ligação entre as duas esferas do contencioso contratual, a do acto e a do contrato, e a outra provocada pela ausência de meios processuais adequados para tutelar as situações de urgência. Enfim, seria, pois, necessário, operar uma reforma mais profunda — o que só veio a acontecer com a reforma de 2002/2003, uma vez que da transposição da Directiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro, através da publicação do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, só resultou uma suavização das dificuldades descritas.

2.4.1. Como se mencionou nas considerações introdutórias, antes da entrada em vigor do CPTA e do ETAF, a doutrina vinha reconhecendo que o regime adjectivo da contratação pública padecia de várias insuficiências. Aliás, a este propósito há dois aspectos caracterizadores daquele quadro jurídico-processual que ainda hoje merecem ser trazidos à nossa memória, a saber: *Primo*: o contencioso do duplo círculo — um contencioso que nem sempre se revelou eficaz, devido à ausência de articulação entre aqueles círculos processuais, entre o do «juiz do acto» e o do «juiz do contrato»; *Secundo*: *deficit* de protecção urgente e cautelar, isto é, ausência de um meio de resolução célere do conflito pré-contratual e a falta de instrumentos de composição provisória (com eminente função cautelar), que dotasse de eficácia o sistema (de dupla esfera) do contencioso contratual, tal como decorreria do *indirizzo* constitucional (artigo 268.º, n.ºs 4 e 5) e do Direito comunitário, especialmente, daquele previsto em fontes legislativas, já aqui descritas.

Assim, em primeiro lugar, a paradoxal via contenciosa de dupla dimensão assentava em dois meios processuais, o recurso contencioso de anulação de actos destacáveis relativos ao procedimento de formação do contrato e à sua execução e a acção contratual sobre interpretação, validade e execução dos con-

tratos administrativos, incluindo questões de responsabilidade contratual. Assim, nos termos dos artigos 9.º, n.º 3, e 51.º, n.º 1, alínea g), do ETAF (1), do artigo 71.º (e ss.) da LPTA e do artigo 825.º do CA, o contencioso tradicional dos contratos da Administração Pública desdobrava-se em dois círculos, um que abrangia a questão das invalidades de um acto administrativo destacável relativo ao procedimento de formação do contrato (ou à fase de execução desse contrato), que era gerido pelo juiz do acto administrativo (*juiz de jurisdição reduzida*), e o outro que tinha como centro questões de interpretação, execução e validade do contrato e que era da competência do juiz do contrato (*juiz de plena jurisdição*). Aceite que o contrato administrativo era tido como «um mundo fechado», o regime anterior consentia que o *círculo do contrato* permanecesse inatacável por terceiros, incluindo Ministério Público, titulares da acção popular administrativa e terceiros, a favor de quem as cláusulas contratuais pudessem ter sido estabelecidas, estando apenas na disponibilidade das partes (cfr. artigo 825.º do CA). E, assim, ao abrigo do regime anterior, um interessado em contratar com a Administração, que tivesse sido preterido no procedimento de formação do contrato e que procurasse impugnar o acto de adjudicação sem que ao mesmo tempo conseguisse obstar à celebração do contrato entre a Administração e o adjudicatário, jamais conseguiria, na prática, obter junto dos tribunais administrativos mais do que um efeito meramente platónico ⁽⁴⁰²⁾.

É exactamente neste contexto que se percebe bem a insuficiência de que foi padecendo o contencioso administrativo pré-contratual, tanto mais que este momento era (e é) propício à configuração de situações de urgência, uma vez que a questão das (eventuais) ilegalidades tem (ou deveria ter sempre) de ser resolvida antes de o contrato ser celebrado. A falta de instrumentos cautela-

⁽⁴⁰²⁾ E isto, desde logo, porque: sendo terceiro perante a relação contratual, não teria legitimidade para em tribunal suscitar a questão da invalidade do contrato que fora medio tempore celebrado entre a Administração e o concorrente escolhido. Na verdade, durante a vigência do ETAF (1) e da LEPTA, era negada legitimidade a terceiros perante a relação contratual, qual seja um terceiro lesado durante a fase de formação do contrato ou outro tipo de terceiros perante o contrato já celebrado e em execução. E, assim, para acentuar as dificuldades descritas no texto, um particular que tivesse sido excluído do procedimento adjudicatório e que ainda tivesse interesse em contratar com a Administração, estaria desprotegido jurisdicionalmente, uma vez que, não podendo também lançar mão de meios processuais urgentes e cautelares de natureza antecipatória, nada lhe permitiria obter uma tutela jurisdicional efectiva. Assim, mesmo que viesse a conseguir obter a anulação de um acto relativo ao procedimento de formação do contrato, não conseguiria suscitar a questão da invalidade do contrato celebrado, visto que estaria destituído de legitimidade processual para o fazer. A este propósito, vd. MARIA JOÃO ESTORINHO, «Algumas questões de contencioso dos contratos da Administração», AAFDL, 1996; Idem, «Contencioso dos contratos da Administração Pública», CJA, 24, 2000, pp. 11 ss.

res neste domínio contribuiu para acentuar as dificuldades descritas no parágrafo anterior, *maxime* a decorrente da falta de ligação entre o recurso contencioso de anulação de actos destacáveis do procedimento pré-contratual e a acção sobre contratos relativa à validade do contrato entretanto celebrado ⁽⁴⁰³⁾. Na verdade, o *deficit* de mecanismos de tutela cautelar constituiu uma das insuficiências mais graves do contencioso administrativo tradicional dos contratos da Administração. E, por isso, descrever o regime tradicional do contencioso contratual ou entoar a «*ária de inútil precaução*» significaria a mesma coisa, uma vez que, não existindo um mecanismo que garantisse efectividade às sentenças, o contencioso administrativo contratual desembocava amiúde no reconhecimento das situações de facto consumado — sendo em tudo semelhante à entrada em cena da *guarda*, na ópera bufa ⁽⁴⁰⁴⁾. Aliás, em muitas situações restou ao tribunal escolher uma de duas soluções: ou declarar extinta a instância do recurso de anulação de actos destacáveis, relativos ao procedimento de formação do contrato, por inutilidade superveniente da lide ⁽⁴⁰⁵⁾, uma vez que se considerava que a eventual anulação de um desses actos não

⁽⁴⁰³⁾ Enfim, o próprio número de actos destacáveis foi sendo considerado pela jurisprudência em número reduzido, quer em sede de procedimento de formação do contrato quer em sede de execução. Aliás, a questão da natureza jurídica das actuações da Administração no âmbito da execução dos contratos por si celebrados, e a questão da sua impugnação autónoma, foi dividindo a jurisprudência portuguesa. A este propósito, vd. ALEXANDRA LEITÃO, «Da natureza jurídica dos actos praticados pela Administração no âmbito da execução dos contratos», CJA, 25, 2001, pp. 23 ss. E, para uma visão de conjunto, considere-se da mesma autora, *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*, Coimbra, 2002, pp. 199 ss., esp. pp. 309 ss.

⁽⁴⁰⁴⁾ Na realidade, os instrumentos previstos no anterior regime podiam classificar-se como sendo de inútil precaução. Assim, ainda que a legislação do contencioso administrativo dos contratos da Administração incluísse também a possibilidade de o particular, interessado em contratar com a Administração, impugnar uma decisão ilegal relativa ao procedimento de formação do contrato, não tendo o recurso de anulação efeito suspensivo e estando a procedência do pedido de suspensão da eficácia dessa decisão sujeita aos pressupostos do artigo 76.º, n.º 1, da LPTA (e não sendo possível lançar mão das providências cautelares não especificadas do CPC, *maxime*, as de natureza antecipatória, *ex vi* do artigo 1.º da LPTA), foi usual acontecer a formação das situações de facto consumado e a consequente denegação da tutela jurisdicional efectiva no domínio do contencioso dos contratos. Decerto, porque a demora processual deste contencioso foi sendo calculada em dezenas de meses, não foi de estranhar que a Administração e o adjudicatário conseguissem frequentemente celebrar o contrato, num momento em que o tribunal ainda decidia sobre as invalidades relativas ao procedimento de formação daquele contrato. A este propósito, e sobre a figura em causa, vd. o nosso texto «A justiça administrativa dos contratos da Administração. Da (ainda *ária de inútil precaução*)», SI, n.º 290, 2001, pp. 83 a 97.

⁽⁴⁰⁵⁾ Neste sentido, vd. acórdãos do STA de 30.09.1997, processo n.º 39 858; de 19.07.2000, processo n.º 46 281; de 19.12.2000, processo n.º 46 300; de 28.11.2000, processo n.º 46 580; de 18.01.2001, processo n.º 46 727; de 19.01.2002, processo n.º 46 557.

poderia produzir a destruição das prestações contratuais já realizadas e muito menos poderia conduzir à invalidade automática do contrato celebrado, nem poderia conduzir à obtenção do ressarcimento pelos prejuízos causados; ou, como mais recentemente se considerou, existindo uma *impossibilidade* ou *inutilidade jurídica* e tendo o recorrente interesse na anulação do acto pré-contratual, devendo ser proferida sentença para ser possível o posterior exercício do direito a eventual indemnização, restaria tão-somente ao terceiro lesado lançar mão de uma acção de reparação para obter uma (eventual) indemnização — já que exigir a reformulação do processo adjudicatório seria impossível, tal como accionar a acção contratual com vista a obter a invalidade do contrato estaria, de todo em todo, fora do seu alcance, já que somente as partes o poderiam fazer (e estas talvez não tivessem interesse nenhum nisso, não obstante decorresse tal imposição para a Administração, por força do dever de executar o julgado!) (406).

2.4.2. É verdade que o desiderato subjacente ao Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, seria resolver o tipo de dificuldades descritas concernentes ao contencioso da formação dos contratos de empreitada de obras públicas, fornecimento de bens e prestação de serviços. Enfim, surgido no contexto do Direito Processual Urgente Europeu em matéria de contratação pública e tendo como objectivo proteger os diversos interesses privados e os interesses públicos (nacionais e comunitários) envolvidos, este diploma veio prever dois tipos de meios processuais urgentes: um processo urgente com vista a decidir sobre as ilegalidades dos actos administrativos relativos ao procedimento de formação daqueles contratos, que lesassem direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados, e um processo que desembocava na emissão de medidas provisórias com função e estrutura nitidamente de natureza cautelar (407). Através daquele mecanismo urgente, o juiz poderia nessa altura

(406) Sobre este assunto, vd. o nosso «O contencioso dos contratos da Administração Pública — Notas sobre um domínio do contencioso administrativo de feição muito urgente», in: *Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano — No centenário do seu nascimento*, Vol. I, Coimbra, 2006.

(407) A este propósito, vd. MARIA JOÃO ESTORNINHO, «A propósito do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, e das alterações introduzidas ao regime de contencioso dos contratos da Administração Pública...», CJA, 11, 1998, p. 5; BERNARDO DINIS DE AYALA, «A tutela contenciosa dos particulares em procedimentos de formação de contratos da Administração Pública», CJA, 14, pp. 22 ss.; ALEXANDRA LEITÃO, «Duas questões a propósito da aplicação do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio», CJA, 19, 2000, pp. 50 ss.; PEDRO GONÇALVES, «Apreciação do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, que estabelece o regime jurídico da impugnação contenciosa dos actos administrativos relativos à formação de certos “contratos públicos”», R-Lusiada, 1, 1998, pp. 53 ss.

decidir de forma célere sobre a questão de fundo da ilegalidade de certas decisões das entidades adjudicantes, emitidas no procedimento de formação de um daqueles contratos. E, no âmbito do processo das medidas provisórias, também com carácter urgente, poderia o juiz administrativo ordenar quaisquer medidas provisórias com vista a assegurar ou a antecipar os efeitos da sentença proferida no processo urgente, podendo tal medida produzir um efeito correctivo, inibitório ou suspensivo.

É certo que tal diploma foi alvo de críticas por não ter operado uma transposição correcta daquela Directiva. E por isso o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, viria a sofrer a intervenção do legislador, já que a sua aplicação continuava a suscitar algumas dificuldades na prática, uma vez que a jurisprudência nem sempre evitou a interpretação literal do diploma e raras vezes procedeu à sua aplicação em conformidade com o Direito comunitário ⁽⁴⁰⁸⁾.

2.4.3. Cumpre, contudo, lembrar um bom exemplo da aplicação do diploma, invocando aqui o acórdão do STA de 06.09.2000 (processo n.º 46 513-A): um aresto que foi proferido a propósito de um pedido da *Partex-Consultoria em Agricultura e Desenvolvimento Rural, S. A.*, enquanto concorrente ao concurso internacional n.º 8/99 para *Elaboração de Cartas de Solos e de Aptidão das Terras da Zona Interior Centro*, com vista a sustentar a celebração do contrato com o adjudicatário. Com efeito, aquele concorrente ao concurso promovido pelo Instituto de Hidráulica, Engenharia Rural e Ambiente, veio requerer, mais precisamente, a intimação do Secretário de Estado do Desenvolvimento Rural para sustentar a celebração daquele contrato com o adjudicatário escolhido, bem como a intimação daquele Instituto para se abster de praticar actos de execução do mesmo, tais como proceder à recepção de trabalhos e efectuar pagamentos ao co-contratante, caso o contrato

⁽⁴⁰⁸⁾ Aliás, um dos problemas que o meio processual suscitou prendeu-se com a sua natureza. Com efeito, discutiu-se se este meio processual seria um meio processual especial próprio (e exclusivo) para obter a anulação ou declaração de nulidade de actos relativos ao procedimento de formação de contratos de empreitada, aquisição de bens e prestação de serviços, devendo ser accionado no prazo de 15 dias, ou se este teria uma natureza paralela ao recurso contencioso de anulação, podendo ser accionado em alternativa com aquele. E a jurisprudência foi optando pela primeira solução, tendo considerado precludido o direito de recorrer sempre que os recorrentes não accionavam o processo no prazo de 15 dias. E, claro está, vulgarmente foi invocada a inconstitucionalidade da norma do diploma em causa (o artigo 3.º, n.º 2), uma vez que sendo o prazo excessivamente curto, dessa interpretação decorria a violação do direito de acesso à justiça e à tutela jurisdiccional efectiva. E, na verdade, outras questões foram sendo colocadas. A propósito de outra jurisprudência, vd. CARLOS CADILHA, «Contratos públicos: do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, à reforma do contencioso administrativo. Uma análise da jurisprudência», SI, n.º 292, 2002, pp. 51 a 62.

tivesse já sido celebrado. Ora, este aresto é um bom exemplo de como a ponderação de interesses públicos e privados, necessária ao decretamento das medidas provisórias, obrigaria a ter em conta a finalidade subjacente àquele diploma e à *Directiva Recursos*. Com efeito, o acórdão invocado, não só vem esclarecer qual é o âmbito do recurso urgente como vem elucidar em que termos se deveria avaliar os pressupostos positivos e negativos de procedência das medidas provisórias, constituindo, em nosso entender, um marco de referência.

2.4.3.1. De facto, quanto aos actos de procedimento de contratação lesivos, a que se refere o n.º 1 do artigo 2.º, o Supremo explicou que este abrange «os actos que lesem posições jurídicas favoráveis dos concorrentes ou lhes criem uma situação lesiva das vantagens que esperam legitimamente obter do concurso através do respectivo procedimento». Ora, tendo em conta o objectivo da Directiva Comunitária e as palavras do Supremo, a partir desta altura, tudo indicaria que os actos abrangidos pelo processo urgente seriam os praticados anteriormente à celebração do contrato, sendo que não poderiam reduzir-se apenas ao tradicional acto de adjudicação. Entre os destacáveis poderiam contar-se, pois, a própria decisão de contratar, o acto através do qual se escolhe o procedimento de selecção do co-contratante, a falta de convite nos procedimentos restritos, cláusulas discriminatórias dos cadernos de encargos e de outras peças concursais, a admissão condicionada ou a exclusão dos concorrentes, a falta de audiência prévia, a decisão de não adjudicar o contrato, a decisão de anular o contrato, a adjudicação, a minuta do contrato, acto de celebrar o contrato. Compreende-se, pois, que neste caso o pedido principal formulado pela requerente, para a entidade requerida se abster de concluir ou celebrar o contrato com o consórcio adjudicatário, se deveria inserir plenamente nas medidas contra o acto do procedimento de contratação, capazes de evitar ou sustar a produção de danos que poderiam ocorrer dessa celebração. Já, quanto ao pedido subsidiário, traduzido no pedido de suspensão dos efeitos do contrato, o Supremo não se pronunciou nem no sentido de que ele estaria abrangido pelo diploma, nem no sentido contrário, tendo apenas considerado que, uma vez que nada tinha sido referido no processo quanto à efectiva celebração do contrato que se pretendia evitar, não o teria em conta ⁽⁴⁰⁹⁾.

⁽⁴⁰⁹⁾ Vd. acórdão do STA de 15.10.1998, processo n.º 44 171-A, onde, a propósito do pedido de suspensão da eficácia de todos os efeitos de um contrato já celebrado, aquele tribunal considerou relevante saber se teria sido ou não ultrapassada a fase de formação do contrato, pois só dessa forma poderia concluir com segurança sobre a inaplicabilidade daquele diploma.

2.4.3.2. Neste sentido, foram, pois, dois os requisitos avaliados: um positivo e outro negativo, tendo o Supremo centrado «toda a atenção na avaliação das vertentes da eventualidade da produção de danos e na capacidade da medida pedida para os afastar, em confronto com o requisito negativo do n.º 4 do artigo 5.º que [impediria] o decretamento de medidas que tivessem consequências negativas para o interesse público». Quanto ao primeiro, tendo em conta que «a lei pretenderia que o tribunal efectuasse um balanceamento entre *fumus boni iuris* da existência de uma ilegalidade a corrigir e o perigo de a demora causar danos além dos decorrentes da própria ilegalidade, no sentido de danos que a anulação por ilegalidade não pudesse afastar por si, através da execução da decisão anulatória», o Supremo considerou que «a celebração (conclusão) do contrato seria «obstáculo» à anulação e substituição do contratante, pelo que a medida provisória que impusesse a não celebração do contrato seria facilmente justificada, já que seria «a única capaz de evitar os danos que adviriam para o requerente da medida, caso não fosse decretada». E considerou ainda que haveria a possibilidade de algumas das ilegalidades invocadas pelo recorrente poderem vir a ser consideradas procedentes, mesmo que, no caso concreto, os vícios invocados não apresentassem ilegalidades grosseiras ou patentes. Quanto às consequências negativas para o interesse público, que foram apontadas pela entidade promotora do procedimento e em função das quais o tribunal procedeu à ponderação entre interesse público e o proveito a obter pelo recorrente, elas traduziam-se «apenas na inconveniência de mais atrasos». Pelo que, para o Supremo, os inconvenientes poderiam, ainda assim, traduzir-se em alguns danos para o interesse público.

Contas feitas, não se tendo mostrado especialmente forte a necessidade de corrigir uma ilegalidade, tendo sido provado que os danos para o consórcio decorrentes da não correcção da eventual ilegalidade do acto fossem prejuízos materiais delimitados e de gravidade reduzida e que da decretação da medida provisória não decorria sérios inconvenientes para o interesse público, o tribunal entendeu que «[seria] preferível aguardar mais algum tempo e esclarecer as dúvidas sobre a legalidade/ilegalidade dos actos colocados em crise no recurso de que esta providência [era] apenso. Afinal, uma interpretação conforme com o sentido e objectivos da lei» ⁽⁴¹⁰⁾ assim o exigiria. Pelo que a entidade requerida deveria suspender o procedimento tendente a contratar, de modo a não celebrar o contrato com o concorrente que escolheu, até decisão com trânsito em julgado no recurso contencioso.

2.5. Também o contencioso ambiental tem suscitado formas de intervenção jurisdicional marcadas pela prevenção e urgência — uma vez que

⁽⁴¹⁰⁾ No mesmo sentido, vd. acórdão do STA de 29.02.2000, processo n.º 45 667.

qualquer que seja a demora processual ela é sempre incompatível com a «extrema sensibilidade dos bens ambientais» (411). Contudo, nem por isso o défice de meios de tutela dos bens ambientais foi solucionado. Com efeito, nem o disposto na Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto (412), nem a previsão na Lei de Bases do Ambiente (=LBA) dos embargos administrativos para tutela de direitos respeitantes às relações jurídicas multilaterais no domínio ambiental (artigo 42.º da LBA) vieram superar o défice de «meios processuais verdes» (413).

Neste contexto, cumpre, pois, perceber que o domínio de protecção do ambiente se revelou igualmente como um domínio de «destemporalização» (414). Na verdade, o domínio de protecção ambiental, tanto em termos substantivos como processuais, foi-se revelando como «domínios de desconstrução do tempo», porque os novos modos de consumo e de produção, os novos modos de transporte e as formas de ocupar o espaço agravam tensões entre o ritmo curto da produção industrial e o tempo longo de incubação natural, multiplicando, assim, *as bombas relógio*, cujo efeito se repercute nas gerações futuras. O novo princípio da precaução, saído da Conferência do Rio e inscrito no Tratado da União Europeia deveria passar a desempenhar, pois, uma função de *desminagem*: se certo projecto se revelar (exageradamente) arriscado, importa uma obrigação acrescida de prudência até melhor informação (415). Ora, é neste contexto que se percebe que especialmente no domínio ambiental se deveria procurar encontrar uma sincronização entre os diferentes ritmos, entre os ritmos do homem e os da natureza, entre os das gerações presentes e o das gerações futuras.

E assim também, no domínio do contencioso ambiental se desejou que o legislador viesse, por conseguinte, intervir e desfazer o «nó cego» (416) existente quanto a algumas das hipóteses legais. A ampliação dos mecanismos de tutela cautelar (417), ou a consagração de «meios processuais específicos de defesa do ambiente» (418), ou a criação de «um recurso contencioso urgente,

(411) Palavras de L. F. COLAÇO ANTUNES, *O procedimento...*, cit., p. 722.

(412) Vd., por exemplo, L. F. COLAÇO ANTUNES, «O princípio da precaução...», cit., pp. 118 e 119.

(413) Expressão de VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito...*, cit., p. 233.

(414) Para invocar uma expressão de F. OST, a p. 42 do seu *O tempo do direito...*, cit.

(415) Sobre este assunto, vd. F. OST, *O tempo do direito...*, cit., pp. 42 ss.

(416) Expressão de J. J. GOMES CANOTILHO, «Privatismo, Associativismo e Publicismo na Justiça Administrativa do Ambiente (As Incertezas do Controlo Ambiental)», RLJ, n.º 3861, p. 360.

(417) Neste sentido, por exemplo, JOSÉ EDUARDO FIGEIREDO DIAS, *Tutela ambiental e contencioso administrativo*, Coimbra, 1997, pp. 308 a 311; CARLA AMADO GOMES, *As operações materiais administrativas e o direito do ambiente*, AAFDL, Lisboa, 1999, pp. 58 ss.

(418) VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito...*, cit., p. 232.

acompanhado de medidas cautelares» (419), ou, ainda, por exemplo, a consagração de um instituto semelhante ao «sursis à exécution automatique», sempre que houvesse a ameaça de direitos irreversíveis ou intoleráveis ou a ausência de formalidades (substancialmente essenciais, como pode ser a inexistência material ou jurídica de um verdadeiro procedimento de avaliação de impacto ambiental (legalmente exigível) (420), foram constituindo soluções sugeridas de forma a tornar preventiva e mais eficaz a tutela ambiental.

Cumpre, aliás realçar que não deixa de ser relevante que se fosse pedindo mais poderes preventivos e cautelares para o juiz administrativo, uma vez que, frequentemente, quando chamado a tutelar a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, o património cultural, cuja ameaça surgia da actividade de particulares, que era consentida pela omissão de entidades públicas, este demonstrava muito mais sensibilidade para tutelar os bens e valores constitucionalmente protegidos do que o juiz dos tribunais judiciais.

2.5.1. Vamos dar um exemplo, lembrando o acórdão do STA de 30.04.2003 (processo n.º 407/2003) (421), um aresto que versou sobre o caso *Estação do Arco do Cego*. Este acórdão, proferido em recurso por oposição de julgados, nos termos das alíneas *a*) e *b*) do artigo 24.º do antigo ETAF, suscitou várias questões interessantes, de entre as quais destacamos a da subsidiariedade da intimação para comportamento perante a suspensão da eficácia do acto administrativo recorrido. Antes de revisitarmos a doutrina ínsita no aresto *sub judice*, cumpre realçar a originalidade do caso que lhe está subjacente. E esta prende-se, precisamente, com o facto de os residentes na zona do Arco do Cego, em Lisboa, terem recorrido, em simultâneo, à jurisdição cível e à administrativa com vista a paralisar aquela que consideravam ser uma ameaça aos seus direitos à qualidade de vida, ao ambiente e à saúde pública. Com efeito, tendo tido conhecimento pelos meios de comunicação social de que empresas privadas operadoras de transporte público se preparavam para utilizar a antiga estação de recolha de eléctricos do Arco do Cego, para aí desenvolverem a sua actividade comercial, aqueles residentes recorreram a diferentes jurisdições e lançaram mão de diferentes meios processuais, procurando, no entanto, alcançar o mesmo objectivo: paralisar a utilização daquele espaço

(419) Neste sentido, L. F. COLAÇO ANTUNES, *O procedimento...*, cit., p. 732; IDEM, «A reforma do contencioso administrativo. O último ano em Marienbad», in: *O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI. Algumas questões*, Coimbra, 2001, p. 116.

(420) Neste sentido, L. F. COLAÇO ANTUNES, *O procedimento...*, cit., pp. 505 ss. e 711 ss., esp. pp. 722 ss. e 732.

(421) Acórdão do STA de 30.04.2003, processo n.º 407/2003.

por aquelas entidades privadas de transporte urbano. Na verdade, este acórdão que visitamos revela um *momento alto* do processo urgente de intimação para comportamento, uma vez que, se durante muito tempo este padeceu de algumas fragilidades que impediram a sua plena e eficaz utilização, mais recentemente, e ainda antes da entrada em vigor do CPTA, foi ganhando maior relevância e espaço na jurisdição administrativa, como, aliás, o demonstra o acórdão do Tribunal Central Administrativo de 23.04.1998. Como se perceberá, este aresto é um daqueles que permitiu que a intimação para comportamento se revelasse «viveiro fértil de novas linhas evolutivas» ⁽⁴²²⁾, como escreve SÉRVULO CORREIA, que depois viriam a ser consagradas na lei processual administrativa. De facto, previsto na LPTA com alguns contornos ambíguos e compreendido como procedimento cautelar, a aplicação tradicional deste processo foi marcada, entre outros aspectos, pela interpretação restritiva do artigo 86.º, n.º 3, da LPTA, no sentido de que este seria meio subsidiário perante o processo de suspensão da eficácia do acto administrativo, traduzindo-se tal compreensão na utilização prioritária da suspensão e, conseqüentemente, na redução do âmbito de aplicação da intimação. Contudo, este processo também continha potencialidades, que, a pouco e pouco, sendo reveladas, viriam a reforçar a consciencialização da necessidade de se estender à Administração a incidência das intimações de *non facere* e de *facere*.

O caso da *Estação do Arco do Cego*, que está na origem do litígio que deu lugar ao acórdão agora visitado, é de facto singular, como apontámos, visto que foi, em simultâneo, objecto de decisão tanto pelos tribunais judiciais, nos três níveis da hierarquia — Tribunal Cível da Comarca de Lisboa (02.12.1997), Tribunal da Relação de Lisboa (02.07.1998) e Supremo Tribunal de Justiça (14.04.1999) — **(2.5.1.1)**, como pela jurisdição administrativa, incluindo o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa (23.01.1998) e o Tribunal Central Administrativo (23.04.1998), tendo, por fim, sido objecto de apreciação pelo Supremo no âmbito de recurso por oposição de julgados (30.04.2003) **(2.5.1.2)**. Importa ainda lembrar que o Tribunal Constitucional veio afirmar que a interpretação dada pelo TCA ao artigo 86.º, n.º 3, da LPTA não atenta contra os artigos 2.º, 20.º, n.ºs 1 e 4, e 111.º, n.º 1, da CRP, não padecendo de qualquer inconstitucionalidade (acórdão n.º 373/02, processo n.º 899/98).

2.5.1.1. Os residentes na zona da Estação do Largo do Cego não foram de facto felizes no âmbito da jurisdição comum, uma vez que a providência

⁽⁴²²⁾ Sobre este assunto, vd. SÉRVULO CORREIA, *Direito do contencioso...*, cit., p. 614.

cautelar não especificada, accionada como preliminar da acção popular civil para tutela de interesses difusos, a que se refere o n.º 2 do artigo 12.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, com vista a obterem a intimação de empresas privadas operadoras de transporte público para se absterem de utilizar a antiga estação de recolha de eléctricos do Arco do Cego, para aí desenvolverem a sua actividade comercial, e de nela depositarem autocarros, bem como produtos combustíveis e similares, foi sucessivamente indeferida. Primeiramente, pelo Tribunal Cível da Comarca de Lisboa, por não estarem preenchidos os pressupostos necessários ao seu deferimento, principalmente o do fundado receio de ameaça de lesão ilícita àqueles direitos (sentença de 02.12.1997, processo n.º 825/97). Seguidamente, pelo Tribunal da Relação de Lisboa, por ter concluído que «os interesses dos recorrentes e em geral dos moradores da zona do Arco do Cego não [seriam] ilicitamente ameaçados», sendo que, «tendo por fundamento o disposto no artigo 335.º do Código Civil, «[seria até] legítimo o sacrifício dos interesses dos residentes na zona do Arco do Cego para evitar uma lesão manifestamente mais grave dos interesses dos milhares de utentes do terminal rodoviário da Avenida Casal Ribeiro, dos seus trabalhadores e de todos os residentes da zona ou que nela laboram» (acórdão de 02.07.1998, processo n.º 2789/98). E, finalmente, pelo Supremo Tribunal de Justiça, que, tendo fundamentado a sua decisão com base no «princípio constitucional estruturante da proporcionalidade», julgou que não estariam «suficientemente indiciados os requisitos da gravidade de lesão e da dificuldade da respectiva reparação (artigo 381.º, n.º 1, do CPC)», sendo que, pelo contrário, tudo «[apontaria] para que o prejuízo para os requeridos resultantes do decretamento da providência [excedesse] consideravelmente o dano que com ela se [pretenderia] evitar ou prevenir (artigo 387.º, n.º 2, do CPC)».

2.5.1.2. A intimação das empresas privadas de transporte público para se absterem de utilizar a antiga estação de recolha de eléctricos do Arco do Cego, para aí desenvolverem a sua actividade comercial, uma vez que a utilização pretendida de tal espaço como «terminal de operadores privados de transporte rodoviário expresso» violaria os artigos 85.º, 86.º, n.º 1, 102.º e 103.º do regulamento do PDM de Lisboa, só veio a ser satisfeita no âmbito da justiça administrativa. Mas, não logo de imediato, já que o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa indeferiu a intimação (sentença de 23.01.1998, processo n.º 709/97), por entender que «não [havia] prova nos autos de que as requeridas tivessem violado normas de direito administrativo ou houvesse fundado receio que as [viesses] a violar, uma vez que as obras em curso no Arco do Cego seriam da iniciativa da Câmara, [pelo que a utilização daquela estação pelas requeridas] não resultaria de acto voluntário e de sua própria ini-

ciativa», [já que quando isso viesse a acontecer] estariam devidamente autorizadas para o fazerem».

Foi, de facto, o Tribunal Central Administrativo que satisfaz a pretensão dos residentes na zona da Estação do Arco do Cego (acórdão de 23.04.1998), por entender que aqueles haviam conseguido convencer «sumariamente» o tribunal de que «os comportamentos até então adoptados pela Câmara Municipal de Lisboa» tinham sido no sentido de criar «os condicionamentos» que [permitiriam] às requeridas violar, em convivência com o comportamento ilegal da Câmara, as normas de Direito Administrativo violadoras do PDM», sendo que, de acordo com tais normas, seria indesejável exceder as vias de rede local, sob pena de resultar uma acentuada degradação do ambiente urbano e da qualidade de vida daquela zona da cidade de Lisboa. Pelo que, para o TCA, haveria «claros indícios» de que as entidades intimadas viriam, no futuro, a violar as normas constantes do PDM (artigos 85.º, 86.º, n.º 1, 102.º e 103.º).

O caso da *Estação do Arco do Cego* chegou ao Supremo por via de um recurso por oposição de julgados, interposto por uma das entidades particulares intimadas, a Rede Nacional de Expressos, que veio invocar a existência de oposição entre dois arestos do Tribunal Central, o decidido no acórdão recorrido, de 23.04.1998, que proibiu as empresas transportadoras de utilizarem aquela antiga estação de recolha de eléctricos, na hipótese de a Câmara Municipal de Lisboa vir a autorizar a sua utilização, com violação de normas do regulamento que aprovou o respectivo PDM, e um outro acórdão do TCA (de 14.08.1996, processo n.º 40 817) que havia decidido não poder utilizar-se o meio processual de intimação para um comportamento quando a pretendida violação de norma ou normas de direito administrativo resultasse de acto administrativo expresso (ou de acto silente positivo) da autoria de um órgão da Administração Pública, ainda que a lesão decorresse de comportamento de um particular ou concessionário. Porém, o Supremo não deu razão aos recorrentes, pois, como explicou, «o recurso por oposição de julgados, nos termos das alíneas *a*) e *b*) do artigo 24.º do ETAF (1), assenta no pressuposto de as situações fácticas de ambos os recursos, recorrido e fundamento, serem idênticas e, não obstante, cada um deles optar por solução diferente relativamente à mesma questão fundamental de direito». E, não era esta a situação no caso concreto, porquanto nesse caso existia acto administrativo expresso, passível de suspensão de eficácia.

Enfim, o caso da *Estação do Arco do Cego* demonstra bem o quanto o processo de intimação para comportamento foi ganhando *foro de cidade* no contencioso administrativo, uma vez que, na ausência de outros procedimentos urgentes e cautelares, aquele foi-se mostrando adequado para obstar a situações de perigo iminente resultantes de actividades privadas, muitas vezes con-

sentidas pela Administração, *maxime* no âmbito das relações jurídicas *multi-laterias* no domínio ambiental e urbanístico, para defesa do património cultural, segurança e saúde pública, e, em geral, para tutela de múltiplos interesses difusos. Ainda assim, o regime comum previsto com contornos ambíguos na LPTA foi *tolhendo* a intimação, já que os tribunais só muito lentamente contornaram as características dos processos cautelares nele desenhadas, não tendo, contudo, aceite a sua plena autonomização processual e, muito menos, a sua utilização contra entidades administrativas. Enfim, neste contexto, compreende-se, pois, a necessidade de reivindicar mais poderes preventivos e cautelares para o juiz administrativo, uma vez que, frequentemente, quando chamado a tutelar a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, o património cultural, cuja ameaça surgia da actividade de particulares e que era consentida pela omissão de entidades públicas, este foi demonstrando muita sensibilidade para tutelar os bens e valores constitucionalmente protegidos. Cumpre, aliás, reconhecer que a doutrina tem sido a principal impulsionadora da tutela do ambiente, tanto em termos procedimentais como processuais. Aliás, fortemente marcada por uma visão *principalista*, onde se destaca o princípio da prevenção e da precaução ⁽⁴²³⁾, a ciência administrativa tem aduzido fortes argumentos em prol do enriquecimento do contencioso administrativo ambiental, tendo sugerido e reforçado o valor de mecanismos procedimentais em que os bens ambientais são tidos em conta e tendo sugerido formas processuais especiais de tutela do ambiente, que vão variando sobretudo entre a tutela urgente autónoma e a tutela urgente cautelar.

O domínio ambiental é, por natureza, um domínio de risco e, por isso, é também um domínio tendencial de prevenção e de urgência. Aliás, os domínios da saúde pública e do ambiente são claros exemplos em que o risco, normalmente associado à proporção dos perigos, é um factor de relevante preocupação para os *sujeitos-legislativo-administrativo-e-jurisdicional*. Na verdade, compreende-se que o domínio jurídico ambiental seja «ancorado no princípio da prevenção» ⁽⁴²⁴⁾ e, quer haja ou não razão para considerar autonomamente o princípio da precaução, certo é que ambos os princípios, designadamente o da prevenção ⁽⁴²⁵⁾, exigem que se concretizem cautelas proce-

⁽⁴²³⁾ Sobre este tema, vd. J. J. GOMES CANOTILHO, «Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo», RJUA, 1, 1994, pp. 65 ss. A propósito dos princípios em causa, vd. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito...*, cit., pp. 67 e 68; L. F. COLAÇO ANTUNES, «O princípio da precaução...», cit., pp. 100 a 103 (esp. p. 101); CARLA AMADO GOMES, *A prevenção à prova no direito do ambiente*, Coimbra, 2000, pp. 22 ss.

⁽⁴²⁴⁾ Expressão de J. J. GOMES CANOTILHO, «Relações jurídicas poligonais...», cit., p. 65.

⁽⁴²⁵⁾ Sobre este assunto, vd. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito...*, cit., pp. 168 e 169.

dimentais e processuais de tutela do ambiente ⁽⁴²⁶⁾, tanto mais quanto o domínio ambiental é um domínio onde predomina a urgência, dada a reconhecida incerteza científica, o perigo, os riscos e a ameaça de dano irreversível, sendo que a urgência se traduz em urgência na prevenção e na minimização de riscos ou efeitos secundários, que são cada vez mais desconhecidos no momento da decisão administrativa.

O procedimento administrativo é, desde logo, um primeiro momento de prevenção no domínio ambiental e um instrumento necessário à efectivação do direito ao ambiente, uma vez que serve de legitimação da actividade administrativa, é um instrumento de racionalização da actuação e da escolha administrativa e é «ponto de encontro» de manifestação e composição de interesses públicos e privados ⁽⁴²⁷⁾. Mas, a prevenção é também instrumento necessário da administração da justiça ambiental. Aliás, remetida a questão para o *sujeito-jurisdicional*, é evidente que este tem de possuir os mecanismos processuais temporalmente adequados à fragilidade dos bens em causa. No que respeita ao contencioso ambiental, julgamos que os princípios da prevenção e da precaução, da proporcionalidade e os processos urgentes (autónomos ou cautelares) são necessários à concretização da tutela jurisdicional ambiental efectiva e temporalmente justa ⁽⁴²⁸⁾.

3. O passado recente da lei processual administrativa

Enfim, cumpre, pois, reconhecer que, ao longo do período de vigência da LPTA, o tempo foi sendo integrado no processo administrativo e coube à jurisprudência e à doutrina ir descobrindo como, na ausência de normas legais, se deveria *declinar o tempo no plural*. Na verdade, deste excursão

⁽⁴²⁶⁾ Neste sentido, segundo pensamos, L. F. COLAÇO ANTUNES, «O princípio da precaução...», cit., pp. 102, 104, 122 e 124.

⁽⁴²⁷⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito...*, cit., pp. 131 a 139.

⁽⁴²⁸⁾ Sobre este tema, vd. L. F. COLAÇO ANTUNES, *O procedimento...*, cit., pp. 637, 702 e 722 ss.; IDEM, «O princípio da precaução...», cit., pp. 104 a 113, pp. 122 ss.; IDEM, «Interesse público...», cit., pp. 543 e 544; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «Arguição da dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas do Mestre Luís Filipe COLAÇO ANTUNES», RFDUL, Vol. XXXIX, n.º 2, pp. 839 ss., esp. p. 842; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Cor de direito...*, cit., pp. 165 ss.; IDEM, *O contencioso administrativo como “direito constitucional concretizado” ou “ainda por concretizar”?*, Coimbra, 1999, p. 38, nota 2. Sobre os meios processuais adequados e a necessidade de, nas «relações jurídicas poligonais» ou relações jurídicas multipolares, como são inúmeras relações jurídico ambientais, a ponderação de interesses dever fazer-se tomando em conta o complexo de interesses públicos e privados colocados de um lado e de outro da equação metodológica (interesses públicos e interesses privados), vd. J. J. GOMES CANOTILHO, «Relações jurídicas poligonais...», cit., p. 66.

pela jurisprudência administrativa resulta que, se não é preciso que os *sujeitos-intervenientes-no-processo marchem a passo* e ao mesmo ritmo, é, contudo, essencial que seja assegurada uma certa coordenação dos seus ritmos temporais naturais. Da falta de *mecanismos de embraiagem* das diversas velocidades, que deveria existir na lei de processo administrativo mas que foi faltando por causa do não cumprimento da imposição legifera, decorrente dos artigos 20.º e 264.º, n.os 4 e 5, da CRP, e da falta de *solidariedade temporal*, vulgarmente resultante da desconsideração do tempo pelo legislador e pelo juiz administrativo, resultou a *asincronia processual* e a *destemporalização* do processo, que surgiu agravada em certos domínios. Enfim, daí a necessidade da *temporalização*, pois, o tempo jurídico sabe, e deve saber, operar a «contra-tempo» ou seja contra o tempo natural, homogéneo, linear, irresistivelmente arrastado na sua vertente antrópica (sistema em desequilíbrio) e em seu lugar deve instituir um processo temporalmente construído. É, pois um sistema em equilíbrio de tempos, aquele que faz falta e que é recomendado pelo direito europeu. É, aliás, aqui que se desenha, com mais intensidade e há mais tempo, um contencioso administrativo de urgência. Desde o famoso caso *Factortame*, o TJCE tem vindo a esclarecer que os tribunais nacionais estão obrigados a aplicar medidas provisórias, segundo critérios por si ditados «pedagogicamente» (429), tanto para defender a aplicabilidade uniforme do direito comunitário como para tutelar de forma efectiva os direitos dos particulares atribuídos àqueles pelo Direito europeu (430). E estes critérios *européus* foram não só tomados em conta pelo legislador português em 2002/2003, como foram influenciando a jurisprudência administrativa nacional. Enfim, para esta dinâmica dos tribunais também contribuiu o sentido da jurisprudência do TEDH e a interpretação que a mesma veio fazendo do «direito ao recurso efectivo» (artigo 13.º da CEDH) e do «direito ao recurso equitativo» (artigo 6.º da CEDH), consagrados ambos na CEDH. Segundo a orientação do Tribunal de Estrasburgo, é possível entender que da leitura combinada destas normas convencionais resulta a obrigação de os Estados garantirem aos seus cidadãos um processo efectivo e temporalmente justo (431),

(429) Expressão de M. FROMONT, «La convergence...», cit., p. 129.

(430) Sobre este assunto, FAUSTO DE QUADROS, «Algumas considerações gerais sobre a reforma do contencioso administrativo. Em especial, as providências cautelares», *Reforma do Contencioso Administrativo...*, cit., pp. 151 ss.

(431) Vd. *Affaire Cruz Varas e outros c. Suécia, Arrêt du 20 mars 1991*, n. 46/1990/237/307, publ. in: RUDH, 1991, pp. 209 ss. E, em especial, sobre o caso, vd. COHEN-JONATHAN, «De l'effet juridique de "mesures provisoires" dans certaines circonstances et de l'efficacité du droit de recours individuel: à propos de l'arrêt de la Cour de Strasbourg Cruz varas du 20 mars 1991»,

tanto mais quanto o exija a defesa dos direitos dos cidadão reconhecidos pela convenção, como ficou confirmado no caso *Kudła c. Polónia/2000* ⁽⁴³²⁾ e nas decisões proferidas mais recentemente nos processos *Gouveia da Silva Torrado c. Portugal/2003* e *Paulino Tomás c. Portugal/2003* ⁽⁴³³⁾.

RUDH, 1991, pp. 205 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour Européennes des Droits de l'Homme», RTDH, 1992, pp. 251 ss.

⁽⁴³²⁾ A este propósito, vd., por exemplo, J.-F. FLAUS («Le droit à un recours effectif. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme», RUDH, 1991, esp. pp. 330 ss.), O. DUGRIP («L'applicabilité de l'article 6 de la CEDH aux juridictions administratives», RUDH, 1991, pp. 336 ss.) e J.-L. PISSALOUX («Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures du référé administratif», DA-EJC (1re Partie), 2001, pp. 4 ss.).

⁽⁴³³⁾ Sobre este assunto, vd. o nosso «Do novo contencioso administrativo e do direito à justiça em prazo razoável», *Estudos em comemoração do décimo aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*, coord. A. CÂNDIDO OLIVEIRA, Coimbra, 2004, pp. 342 a 343.

CAPÍTULO II

O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA E A GARANTIA DO PRAZO RAZOÁVEL: O PROCESSO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO — UMA CULTURA JURÍDICA COMUM EUROPEIA DA TUTELA DE URGÊNCIA COMO LINHA ORIENTADORA DE *TEMPERAMENTO*

Razão de ordem: 0. Introdução. § 1. Processo efectivo e temporalmente justo: a *europaização* e a *constitucionalização*. § 2. Processo efectivo e temporalmente justo: a *europaização* dos remédios (morfente de ressarcimento). § 3. Processo temporalmente justo: a *europaização* dos parâmetros de medição

INTRODUÇÃO

A afirmação do direito a um processo efectivo e temporalmente justo só faz sentido se o entendermos como um desdobramento do *direito ao Direito* e, conseqüentemente, como dimensão do «*direito de acesso aos tribunais*» e à *tutela jurisdicional efectiva*. Aliás, é também nesta perspectiva que tanto as Leis Fundamentais dos países europeus como o *ius commune* europeu moderno acolheu o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, isto é, um direito que co-integra o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva e que assume uma dimensão relativamente autónoma e consistente, quando é compreendido especialmente no contexto da tutela das *situações-de-urgência*.

Aliás, a específica garantia à tutela jurisdicional de urgência, que hoje se considera claramente ínsita na garantia à tutela jurisdicional efectiva prevista no Direito Processual Administrativo Europeu ⁽⁴³⁴⁾, não resulta senão de *um*

(434) A propósito do conceito de Direito Administrativo Processual Europeu, vd. J. BERNARD AUBY, «Physionomie du contentieux administratif européen», in: *What's New in European*

caldo jurídico cultural europeu, sendo certo que esta cultura jurídica comum europeia da tutela de situações urgentes remonta a um *ius commune* clássico, presente no direito romano, vertido (também) num corpo medieval de regras de direito romano e canónico de aplicação subsidiária relativamente às legislações nacionais, recuperado e transformado, depois, num corpo jurídico romano-germânico e posteriormente inserido no direito da actualidade ⁽⁴³⁵⁾.

Na verdade, o direito ao processo efectivo e temporalmente justo é hoje uma clara manifestação do direito à tutela jurisdicional efectiva e do direito à prolação de sentença em prazo razoável, sendo que ambos têm consagração num Direito Processual Administrativo Europeu e são, portanto, direitos em relação aos quais a *europeização* também se tem feito sentir nos últimos dez

Administrative Law?, Sous la direction de J. ZILLER, EUI Working Paper LAW n.º 2005/10, Transcription of the statements and discussions of the round table held at the EUI on 10 December 2004, European University Institute, Florence, Department of Law, pp. 15 ss.

⁽⁴³⁵⁾ Pode falar-se, de facto, na existência de um *ius commune* europeu moderno ou actual e de um *ius commune* antigo ou clássico, sendo que este vai de uma forma ou de outra desembocar no *ius romanum*. A este propósito e principalmente no que diz respeito à «supervivência do *ius romanum*», no oriente e no ocidente, e sobretudo no que concerne ao modo como em todos os países da Europa o direito romano esteve vigente (na forma de direito justiniano, ou na de direito-romano-bárbaro, ou na de direito comum ou na de direito pandectístico) até à publicação dos respectivos códigos civis nacionais e ainda a propósito de como os princípios do *Ius romanum* directa ou indirectamente informaram todos ou quase todos os códigos da actualidade, vd. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius romanum)*, I, Introdução. Fontes, 4.ª ed., Coimbra, 1984, pp. 88 ss. E sobre a cultura europeia comum em torno da tutela jurisdicional, incluindo a de urgência, e principalmente no que concerne ao «lastro-romano/germânico» da tutela cautelar, vd. A. CONIGLIO, «La riforma...», cit., pp. 4 ss. E, a propósito do *ius commune* medieval, vd. L. M. Díez-PICAZO, «Towards a unified judicial protection in Europe (?)», REDP (Vol. 9, n.º 3), 1997, pp. 977 ss. E quanto à relação entre *ius commune* antigo (romano) e *ius commune* moderno, mesmo tratando-se do domínio do direito privado, vd. E. ZIMMERMANN, «Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)», RDC (ano XLVII), 2001, pp. 703 ss. Ainda sobre a formação do direito comum europeu e sobre a constelação de factores que geraram uma certa tendência para a *unidade* dos vários ordenamentos jurídicos europeus, vd. ANTÓNIO M. HESPANHA, *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, 1997, Mem Martins, pp. 66 ss. Aliás, sobre este direito comum da Europa (ou *ius commune*), ANTÓNIO M. HESPANHA escreve (*Panorama...*, cit., p. 14) que «[nele se descrevem] movimentos que abarcaram todo o Velho Continente». E assim, escreve o seguinte: «Em quase toda a sua história, o direito da Europa foi um *direito europeu*, em que algumas especificidades locais se destacavam sobre o esmagador fundo de características comum. Encerrar a história do direito da Europa nas fronteiras de um Estado é, por isso, um artificialismo e uma fonte de apreciações erradas». Sobre esta cultura jurídica comum antiga e nova, vd. F. LUCAS PIRES, *Introdução ao direito constitucional europeu*, Coimbra, 1997, pp. 18 a 21, nota 21; «A experiência comunitária do sistema de governo na Constituição portuguesa», in: *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. II, Coimbra, 1997, pp. 831 a 850.

anos. Na verdade, como apontámos, não é de hoje que no espaço europeu se assiste à criação de um *ius commune* europeu no domínio jurídico-administrativo, incluindo jurídico-processual, na dupla dimensão de criação de um direito administrativo de matriz europeia e de convergência dos sistemas jurídicos administrativos dos diversos Estados europeus, sendo que a influência entre o direito nacional dos Estados e o direito europeu se caracteriza pela influência recíproca ⁽⁴³⁶⁾ — em termos que alguns autores afirmam que não sabem quem influencia mais, nem qual nasceu primeiro.

Quando falamos do fenómeno de *europização* do direito administrativo queremos referir-nos a um fenómeno que acontece tanto sob a égide do direito comunitário como do direito produzido no seio do Conselho da Europa, sendo certo que, no que a este tema diz respeito, a *europização* no domínio do direito processual ultrapassa a dimensão da União, sendo, aliás, mais intensa no âmbito da primeira do que no da CEDH, já que, entre outras razões que facilmente se compreendem, no espaço comunitário a convergência do direito processual administrativo de urgência surge tanto por actuação jurisprudencial como legislativa. De qualquer modo, o fenómeno de convergência europeia

⁽⁴³⁶⁾ Sobre este tema da europeização do direito administrativo, em geral, vd. AAVV, *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe — Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne*, éd. J. SCHWARZE, Baden-Baden, Bruxelles, 1996. E cumpre também consultar o número especial, de 20 de Junho de 1996, da AJDA, onde se destaca o texto de J. SCHWARZE, «Convergences et divergences des droits administratifs de l'union européenne», pp. 140 ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, «Les influences réciproques entre droits administratifs nationaux et droit administratif européen», pp. 146 ss.; J.-F. FLAUS, «Droit communautaire, Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif», pp. 156 ss. A este propósito, vd. J. CHEVALLIER, «L'évolution du droit administratif», RDP (n.º 5/6), 1998, esp. pp. 1807 a 1809. E, sobre este tema, destaca-se ainda a seguinte bibliografia, mais recente, a saber: J. HECKER, «Die europäische Integration vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Conseil Constitutionnel», AöR, 1998 (123), pp. 575 ss. (esp. p. 604, onde o autor nos diz o seguinte: «não obstante as diferenças de estratégia relativamente ao processo de integração, ambos os Tribunais Constitucionais são sensíveis à protecção dos direitos subjectivos reconhecidos pela Ordem Jurídica da Comunidade. E neste sentido, pode falar-se numa certa convergência jurisprudencial na Alemanha e na França»); J. L. PIÑAR MAÑAS, «Justicia administrativa y tutela jurisdiccional estándares de la Unión Europea», in: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI — Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, eds. F. SOSA WAGNER, Valencia, 2000, pp. 2281 ss.; M. FROMONT, «La Convergence des systèmes de justice administrative en Europe», RtDP (1), 2001, pp. 125 ss.; SABINO CASSESE, «Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?», RtDP (1), 2003, pp. 35 ss.; DARIA DE PRETIS, «La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo», RtDP (3), 2002, pp. 683 ss.; E. CHITI, «The relationships between national administrative law and European administrative law in administrative procedures», in: *What's New in European Administrative Law...*, cit., pp. 7 ss.; FAUSTO DE QUADROS, «A europeização do contencioso administrativo», in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. No centenário do seu nascimento*, Vol. I, Coimbra, 2006.

dos diversos sistemas alastra-se particularmente ao campo processual, não se restringindo apenas ao domínio substantivo ⁽⁴³⁷⁾.

Enfim, regressando ao direito processual administrativo, cumpre dizer que nas últimas décadas, o Tribunal de Justiça e, principalmente (porque há mais tempo), o TE, sediado em Estrasburgo, têm vindo a desenvolver um rol significativo de princípios gerais no domínio da protecção jurisdicional, entre os quais se inclui precisamente o princípio da tutela jurisdicional plena e efectiva e a garantia dos *sujeitos-partes-num-processo* a um processo equitativo ou a um processo justo, sendo certo que uma das dimensões deste direito é precisamente o da garantia à prolação de sentença em prazo razoável. Enfim, de um modo ou de outro, a garantia à tutela jurisdicional de urgência constitui uma dimensão fundamental destes princípios ⁽⁴³⁸⁾. Ora, é também neste contexto que se pode afirmar que existe uma *europeização* do contencioso administrativo da urgência que se insere exactamente no mesmo fenómeno, se bem que mais lato, de *europeização* do direito administrativo em geral, *id est* de direito administrativo como direito europeu concretizado ou direito administrativo conformado pelo direito europeu, e, em especial, do direito processual administrativo ⁽⁴³⁹⁾.

⁽⁴³⁷⁾ Sobre este tema da europeização do direito processual, em geral, vd. H. LINDBLOM, «Harmony of the legal spheres: a Swedish view on the construction of a unified European procedural law», ERPL (Vol. 5, n.º 1), 1997, pp. 11 ss.; J. NORMAND, «Il ravvicinamento delle procedure civili nell'Unione Europea», RDProc. (3), 1998, pp. 682 ss.; G. TARZIA, «Modelli europei per un processo civile uniforme», RDProc. (4), 1999, pp. 947 ss.; G. TARZIA, «Harmonisation ou unification transnationale de la procedure civile», Rdipp (4), 200, pp. 869 ss.; G. TARZIA, «L'ordine europeo del processo civile», RDProc. (4), 2001, pp. 902 ss.; G. TARZIA, «Nozioni comuni per un processo civile europeo», RDProc. (2), 2003, pp. 321 ss.

⁽⁴³⁸⁾ Como já apontámos na nossa *Introdução...*, cit., pp. 135 ss., esp. pp. 185 ss. E mais recentemente no nosso «Do novo contencioso administrativo e do direito à justiça em prazo razoável», in: *Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*, coord. A. CÂNDIDO DE OLIVEIRA, Coimbra, 2004, p. 339, esp. pp. 345 ss.

⁽⁴³⁹⁾ Sobre a bibliografia que versa sobre este tema, remetemos em especial para a nossa *Introdução...*, cit., pp. 135 ss., esp. pp. 185 ss. Cumpre contudo, voltar a citar com destaque, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares — Derecho comunitário europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 3.ª ed. Ampliada, Madrid, 2004; FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão do direito administrativo — O direito administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, 1999; S. KADELBACH, «Diritto comunitario e giustizia cautelare amministrativa», RtDP, 2000, pp. 343 ss.; E remeto agora, pela primeira vez, para W. BUCK, *Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes*, Baden-Baden, 2000, pp. 23 ss.; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, cit., pp. 286 a 289 e 484 a 487; AAVV, *O acto no contencioso administrativo. Tradição e reforma*, Colóquio Luso-Espanhol, coordenação de COLAÇO ANTUNES/SÁINZ MORENO, Coimbra, 2005; S. DE LA SIERRA, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo*, Navarra, 2004, pp. 79 ss. e 139 ss.; ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar no contencioso administrativo (Em especial, nos procedimentos de formação dos contratos)*, Coimbra, 2005, pp. 93 ss.

O direito a um processo efectivo e temporalmente justo não é apenas tido como garantia processual fundamental do direito processual europeu, tal como tem sido afirmado pela *Cour* de Estrasburgo e pela *Cour* de Luxemburgo ⁽⁴⁴⁰⁾. Este direito foi já constitucionalizado em diversos países europeus ⁽⁴⁴¹⁾. E, no que respeita especialmente à garantia à tutela jurisdiccional de urgência, ínsita nesse direito, cumpre dizer que ela está também *constitucionalizada* nos diversos países europeus, tanto ao nível da própria Lei Fundamental como ao nível da jurisprudência emitida pelos Tribunais Constitucionais. E, precisamente, entre nós, o direito de acesso à tutela jurisdiccional efectiva, consagrado no artigo 20.º da CRP é reforçado no artigo 268.º, n.º 4, no que concerne à protecção jurisdiccional das pretensões emergentes das relações jurídico administrativas, sendo certo que nesse preceito é expressamente mencionado que tal direito inclui a garantia a obter as providências cautelares adequadas. E esta menção é única no universo constitucional europeu, não dependendo de uma leitura esclarecedora do Tribunal Constitucional, como acontece no panorama europeu, a propósito da interpretação dos respectivos preceitos constitucionais que consagram o direito de acesso aos tribunais (§ 1.).

A *europeização* da tutela de urgência e do direito ao processo efectivo e temporalmente justo insere-se, de facto, num fenómeno mais alargado de con-

⁽⁴⁴⁰⁾ A propósito do conceito de Direito Administrativo Processual Europeu, vd. J. BERNARD AUBY, «Physionomie du contentieux administratif européen», in: *What's New in European Administrative Law...*, cit., pp. 15 ss.

⁽⁴⁴¹⁾ A este propósito, vd., quanto ao sistema italiano, L. P. COMOGLIO, «Il “giusto processo” civile nella dimensione comparativa», RDProc. (3), 2002, pp. 702 ss. A este propósito, M. BOVE («Artigo 111 Cost. e ‘giusto processo civile’», RDProc. (2), 2002, esp. p. 512 ss.) afirma que o novo parágrafo 2.º do artigo 111.º da Constituição italiana (= CI), ao dispor que «a lei deve assegurar a razoável duração do processo», vem consagrar expressa e autonomamente a garantia da duração razoável como requisito do «princípio da efectividade do direito de acção». Segundo o autor, a exigência da duração razoável, não obstante estar implícita no direito à tutela jurisdiccional efectiva, previsto no artigo 24.º, parágrafo 2.º, da CI, nem sempre foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional como requisito da «efectividade do direito de acção». Sobre este assunto, e para um estudo mais desenvolvido, vd. C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Contributo alla determinazione dell’ambito di applicazione dell’articolo 6 della Convenzione*, Padova, 2001; J.-F. FLAUSS, «Le droit à un recours effectif...», cit., pp. 190 ss.; N. FRICERO, «Les garanties d’une bonne justice», in: *Droit et pratique de la procédure civile*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Paris, 2002, n.os 2102 a 2300, pp. 455 ss. A este propósito, vd. R. RIVERO ORTEGA/N. RODRIGUEZ GARCÍA, «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisdicción contencioso-administrativa. Reflexiones a la luz de la STC 20/1999, de 22 de Febrero», REDA, 102, 1999, pp. 281 ss. A este propósito, para considerações desenvolvidas sobre a natureza e o conteúdo do direito à tutela judicial, especialmente sobre o direito ao processo sem dilação indevida, vd. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3.ª ed., Madrid, 2001, pp. 51 ss. e 315 ss. Vd., tb., L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», RAP, 2004, pp. 7 ss.

vergência europeia do direito processual administrativo. A propósito do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva, o TJ tem vindo a revelar que os cidadãos europeus têm direito a obter o decretamento de qualquer decisão de urgência, tanto de natureza cautelar como de mérito, com vista a obter junto dos tribunais nacionais a tutela jurisdicional efectiva dos direitos atribuídos pelo direito comunitário aos cidadãos europeus. E o TEDH também já afirmou que os cidadãos europeus têm o direito a lançar mão de processos em que se deve concretizar uma harmonização entre a duração necessária do processo e a urgência na prolação de decisão jurisdicional. Aliás, o TEDH tem vindo a decantar um conjunto de critérios para apurar a razoabilidade da duração dos processos. E essa jurisprudência, que *experientia quase científicamente* essa metodologia de avaliação da razoabilidade da duração dos processos, tem tido um intenso impacto nos sistemas jurídicos nacionais, sendo que a influência se sente, num primeiro momento, junto dos tribunais nacionais dos Estados-contratantes e, num segundo momento, sente-se junto do legislador nacional. Esta é, pois, mais uma dimensão do fenómeno de *europeização* do direito administrativo e do direito processual administrativo ⁽⁴⁴²⁾ (§ 2.).

Mas a *europeização* do direito processual administrativo acontece também no momento em que se concretizam os remédios e as garantias do direito ao processo efectivo e temporalmente justo, principalmente na dimensão do prazo razoável. Aliás, o dinamismo da convergência dos sistemas nacionais, no que respeita aos remédios do direito ao processo efectivo e temporalmente justo, tem ficado a dever-se à hermenêutica reconstrutiva da *Cour* de Estrasburgo e à forma como ela faz da CEDH um «instrumento sempre vivo». E, assim, no seio do Conselho da Europa, tem-se vindo a acentuar a aproximação do regime das garantias processuais emergentes do artigo 6.º, § 1, principalmente após a decisão que versou sobre o caso *Kudła* (acórdão de 26.10.2000), e depois de o TEDH ter apresentado uma nova função para o artigo 13.º da CEDH. Os Estados são, pois, obrigados a criar nos seus ordenamentos jurídicos um recurso efectivo, *id est* um mecanismo que concretize a protecção eficaz — o que pode incluir o dever de esse mecanismo proporcionar uma decisão jurisdicional em prazo razoável — de direitos e liberdades reconhecidos na Convenção. O TEDH afirmou-o mais recentemente por unanimidade, em 26

⁽⁴⁴²⁾ Sobre este tema, vd. J.-F. FLAUS, «Droit communautaire, Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif», AJDA (número especial, de 20 de Junho), 1996, pp. 156 ss.; M. P. CHITI, «L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionale e influenza del diritto comunitario», in: *Evoluzione della giustizia amministrativa — Integrazione europea e prospettive di riforma*, Atti del convegno, Lecce, 21-22 novembre 1997, a cura di E. S. DAMIANI, Milano, 1998, pp. 71 ss.; M. FROMONT, «La Convergence des systèmes de justice administrative en Europe», RtdP (1), 2001, pp. 125 ss.

de Abril de 2007, no processo *Gebremedhin c. France* (n.º 25 389/05), em matéria de protecção jurisdicional do direito de asilo, tendo censurado o Estado francês por, ao negar asilo e expulsar um jornalista eritreu, não lhe oferecer um mecanismo interno efectivo de defesa — sendo a sua posição mais clara agora do que foi nos casos *Cruz Varas c. Suécia* e *Conka c. Bélgica* ⁽⁴⁴³⁾.

E, alargando o rol de obrigações do Estado (legislador) e estendendo a obrigação ao juiz nacional para controlar a efectividade desse recurso ou mecanismo, cumpre sublinhar que, quer se apele aos remédios de matriz preventiva, quer se evidencie o tipo de garantias de ordem ressarcitória ou de reparação de danos emergentes da violação do direito ao prazo razoável, a concretização destes mecanismos surge tanto por intermédio do juiz nacional como por actuação do próprio legislador. Na verdade, aquilo a que se tem vindo a assistir denomina-se de convergência e aproximação dos remédios de protecção da garantia do prazo razoável, sendo certo que esta aproximação dos diversos sistemas jurídicos nacionais acontece ao abrigo da Convenção Europeia e sob a égide do *Juiz de Estrasburgo*. E, em particular, no que concerne à garantia de reparação equitativa das vítimas pelo defeituoso funcionamento do serviço de justiça, por violação do prazo razoável, cumpre notar que essa influência incide tanto sobre o legislador nacional, pense-se no caso italiano, como sobre o juiz-administrativo, veja-se o exemplo francês. *Na nossa casa*, a influência tem incidido sobretudo nos tribunais administrativos, mas, muito recentemente, o contributo teve acolhimento no texto da lei (§ 3.).

§ 1. PROCESSO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO: A EUROPEIZAÇÃO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. A CEDH e a jurisprudência do TEDH. 2. O Direito Comunitário e a jurisprudência do TJCE. 3. A CRP e a jurisprudência do Tribunal Constitucional

0. Introdução

O direito à tutela jurisdicional efectiva e a garantia do prazo razoável tem um lugar privilegiado na cultura jurídica comum europeia. E é neste

⁽⁴⁴³⁾ Sobre este assunto, vd. aresto *Gebremedhin* (n.º 25 389/05) de 26.04.2007, onde o TEDH decidiu que o processo de *référé-liberté* não garantia um recurso efectivo no sentido do artigo 13.º da CEDH, uma vez que tal processo é desprovido de efeito suspensivo, em causa estava o perigo a que se refere o artigo 3.º da Convenção e o carácter irreversível do tipo de dano que é susceptível de sofrer o estrangeiro depois de expulso. Sobre este assunto, vd., por todos, CÉDRIC SENELAR-GIL, «Recours juridictionnel contre une décision de non-admission sur le territoire: le référé-liberté, remède ou placebo? Quelques réflexions sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 avril 2007, *Gebremedhin*/France», in www.guglielmi.fr/.

contexto que se considera que o direito ao processo temporalmente justo inclui a consideração da tutela de urgência. Não se ignora, na verdade, que a *europização* do contencioso da urgência se insere num fenómeno mais lato de *europização* do direito administrativo em geral, *id est* de «Direito Administrativo como Direito Europeu concretizado»⁽⁴⁴⁴⁾, como escreve VASCO PEREIRA DA SILVA, e, especialmente, do direito administrativo processual⁽⁴⁴⁵⁾.

De qualquer modo, cumpre sublinhar que a *europização* surge tanto no âmbito do Direito comunitário como no quadro do direito emitido no seio do Conselho da Europa. E no contexto especial da CEDH, tem-se destacado o direito ao processo equitativo, previsto no artigo 6.º da CEDH, sendo que são diversas as dimensões processuais que este direito encerra. As garantias à emissão de sentença em prazo razoável, ao julgamento por tribunais imparciais e independentes e a garantia ao processo justo estão incluídas, a par de outras, no conteúdo do direito ao processo equitativo — um conteúdo que o Tribunal de Estrasburgo tem vindo a alargar, de dia para dia (1).

Como apontámos nas considerações introdutórias, não é de hoje que no espaço comunitário se assiste à intensificação do fenómeno da *europização* do direito administrativo, na dupla dimensão de criação de um direito administrativo de matriz europeia e de convergência dos sistemas jurídicos administrativos dos diversos Estados-membros da União. De resto, este fenómeno tem vindo a sentir-se tanto no campo do direito administrativo substantivo em geral, *maxime*, em diversos domínios, entre os quais se evidenciam o ambiental e o da contratação pública, como tem vindo a acentuar-se particularmente no campo do contencioso administrativo⁽⁴⁴⁶⁾. E o fenómeno da

⁽⁴⁴⁴⁾ Escreve VASCO PEREIRA DA SILVA (*O contencioso administrativo...*, cit., pp. 97 ss., esp. pp. 110 e 111) que «o Direito Administrativo é cada vez mais Direito Europeu, quer pela multiplicidade de fontes europeias relevantes neste domínio jurídico-administrativo (...) quer pela convergência crescente dos ordenamentos nacionais neste domínio (...), na tripla perspectiva: substantiva, procedimental e processual».

⁽⁴⁴⁵⁾ Sobre estes conceitos, vd. J. BERNARD AUBY, «Physionomie du contentieux administratif européen», in: *What's New in European Administrative Law...*, cit., pp. 15 ss.; RAVI AFONSO PEREIRA, «O direito comunitário posto ao serviço do direito administrativo: uma leitura da jurisprudência do STA sobre reposição de ajudas comunitárias», BFD (81), 2005, pp. 676 ss.

⁽⁴⁴⁶⁾ Na verdade, como escreve VASCO PEREIRA DA SILVA (*O contencioso administrativo...*, cit., pp. 97 ss., esp. pp. 110 e 111), «o Direito Administrativo é cada vez mais Direito Europeu, quer pela multiplicidade de fontes europeias relevantes neste domínio jurídico-administrativo, criando uma situação de “pluralismo normativo” no quadro dos ordenamentos nacionais, quer pela convergência crescente dos ordenamentos nacionais neste domínio, que tem conduzido a uma aproximação crescente dos direitos administrativos dos Estados-membros, na tripla perspectiva: substantiva, procedimental e processual». Sobre este tema, e para mais desenvolvimentos, vd. J. BERNARD AUBY, «Physionomie du contentieux administratif européen...», cit., pp. 15 ss.; K.-P. SOMMERMANN, «Européanisation et transformation de la justice administrative en Europe...», cit., pp. 19 ss.

europização, particularmente no domínio do processo administrativo, surge, em larga medida, devido à força criadora do Tribunal de Justiça, sendo certo que mais recentemente a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo surge por via legislativa.

Assim, numa primeira perspectiva, não há dúvida de que o papel determinante no surgimento deste direito processual administrativo europeu, e especialmente do direito europeu do contencioso administrativo de urgência, tem cabido ao Tribunal de Justiça. É efectivamente esta jurisdição que tem vindo a afirmar a existência na ordem jurídica comunitária do princípio constitucional à tutela jurisdicional efectiva, sendo certo que tal princípio se desdobra no princípio constitucional à tutela jurisdicional de urgência, mesmo quando o direito nacional o não contemple, do princípio da plenitude da competência do juiz nacional na sua qualidade de juiz comunitário, sendo certo que este princípio vale tanto para os pedidos cautelares como para os principais, indo ao ponto de possibilitar aos tribunais nacionais a criação de novos meios processuais quando eles não existam ou sejam insuficientes.

Depois, num segundo nível de abordagem, cumpre perceber que o direito ao processo efectivo e temporalmente justo encontra também acolhimento nas fontes ordinárias de direito comunitário. Aliás, é no domínio do direito europeu da contratação pública que a afirmação da existência deste direito faz mais sentido, uma vez que há uma constelação de princípios e de normas disciplinadoras das garantias a observar neste domínio. E tais garantias (especialmente contenciosas) surgem marcadas pelo carácter da urgência, sendo certo que os mecanismos que o legislador comunitário impõe aos Estados contratantes são tanto de natureza cautelar (ou provisória) como de matriz principal. Aliás, é neste contexto do *ius commune* europeu de fonte legislativa, e especialmente no quadro do direito processual urgente europeu traçado nas Directivas n.º 89/665/CEE e n.º 92/13/CEE, recentemente alteradas pela Directiva n.º 2007/66/CE, que se percebe a amplitude do direito ao processo efectivo e temporalmente justo (2.).

O direito a um processo efectivo e temporalmente justo, entendido no contexto do direito à tutela jurisdicional efectiva e em prazo razoável, não faz parte apenas das garantias fundamentais do direito processual europeu afirmadas pela *Cour* de Estrasburgo e pela *Cour* de Luxemburgo. Essas garantias também já estão constitucionalizadas em diversos países europeus. E, no que respeita especialmente à garantia à tutela de urgência, cumpre dizer que ela está também *constitucionalizada* nos diversos países europeus. Com efeito, ela decorre igualmente do direito à tutela jurisdicional efectiva e este consta normalmente dos textos constitucionais dos diversos países. Aliás, se em alguns países a atribuição do estatuto constitucional à tutela de urgência coube fun-

damentalmente ao Tribunal Constitucional ⁽⁴⁴⁷⁾, entre nós, e na Itália, na Espanha e na Alemanha, o direito à tutela de urgência ganhou tal estatuto constitucional a partir do momento em que aquele direito se considerou inerente e co-presente nos preceitos que consagram o direito à tutela jurisdicional efectiva. Na verdade, assim acontece na Constituição Italiana de 1947, no artigo 24.º, assim acontece na Lei Fundamental de Bona de 1949, no artigo 19.º, § 4, assim acontece na Constituição Portuguesa de 1976, no artigo 20.º e no artigo 268.º, n.º 4, no que concerne à jurisdição administrativa, e, finalmente, assim acontece, na Constituição Espanhola de 1978 (no artigo 24.º) ⁽⁴⁴⁸⁾.

Aliás, entre nós, a garantia à tutela jurisdicional de urgência no domínio do contencioso administrativo está expressamente consagrada na Lei Fundamental, não sendo necessário considerá-la implícita no direito à tutela jurisdicional efectiva. E, em França, se não há um texto que expressamente consagre o direito de acesso a um tribunal e o direito a um processo efectivo, tem havido, contudo, a *constitucionalização* de tais direitos *ex jurisprudence*, uma vez que o *Conseil Constitutionnel* já assim o foi afirmando em casos pontuais ⁽⁴⁴⁹⁾. E no que respeita em particular à *constitucionalização* da tutela de urgência, cumpre dizer que o *Conseil Constitutionnel* veio considerar a suspensão da execução dos actos administrativos como pedra angular da protecção dos direitos dos administrados, tendo, pois, afirmado a existência de um direito a um processo efectivo que integra o direito à suspensão da eficácia dos actos administrativos ⁽⁴⁵⁰⁾.

⁽⁴⁴⁷⁾ Para uma síntese do reconhecimento de estatuto constitucional da tutela de urgência em França, vd. S. TSIKLITIRAS, «Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif», RDP (3), 1992, pp. 679 ss.; M. A. FRISON-ROCHE, «Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure», in: *Le temps dans la procédure...*, cit., p. 21.

⁽⁴⁴⁸⁾ A este propósito, para considerações desenvolvidas sobre a natureza e o conteúdo do direito à tutela judicial, especialmente sobre o direito à tutela jurisdicional efectiva e a garantia à tutela cautelar, vd. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional...*, cit., pp. 369 ss.

⁽⁴⁴⁹⁾ Com efeito, em 1973, o Conselho Constitucional afirmou pela primeira vez que o direito de acesso à justiça se funda no princípio da igualdade perante a lei (contido na Declaração dos direitos do Homem e do cidadão, de 26 de Agosto de 1789), tendo declarado contrárias à *Constituição* as normas legais que excluem certa categoria de indivíduos do exercício de recurso, ou que oferecem garantias diferentes perante o tribunal de recurso jurisdicional (Decisão de 18.01.1985). Sobre este assunto, vd. N. FRICERO, «Les garanties d'une bonne justice...», cit., pp. 461 ss.

⁽⁴⁵⁰⁾ Fê-lo pelo acórdão de 05.09.1986, uma vez que considerou que as normas que atribuem competência a autoridades administrativas de polícia para ordenar a expulsão de estrangeiros em situação ilegal só não devem considerar-se inconstitucionais na medida em que permitam aos lesados recorrer e solicitar as medidas de urgência adequadas. Esta decisão foi reiterada posteriormente nos arestos de 28.07.1989 e de 09.01.1990. E o reconhecimento do direito fundamental à tutela de urgência como dimensão co-natural do direito à tutela judicial efec-

Como se vê, em qualquer caso, tem cabido aos Tribunais Constitucionais uma função esclarecedora e de reforço daquele estatuto constitucional do direito a um processo efectivo, sendo que se tem afirmado que este inclui a garantia à tutela de urgência. Aliás, durante a década de noventa do século passado, o Tribunal Constitucional espanhol desenvolveu um rol significativo de jurisprudência onde se afirmava quer o direito de acesso aos tribunais e à tutela judicial efectiva, quer o direito à tutela de urgência, enquanto dimensão «incardinada» naquele direito contemplado no artigo 24.º, n.º 1, da Constituição espanhola ⁽⁴⁵¹⁾. Entre nós, a posição do TC, no sentido de atribuir um estatuto constitucional à tutela de urgência, *rectius*, à tutela cautelar, tem-se caracterizado por alguma ambiguidade, uma vez que, antes da quarta revisão constitucional, o Tribunal desenvolveu uma posição *biforme* sobre a questão de saber se o direito à tutela judicial efectiva integraria ou não o direito à tutela cautelar. E após a revisão constitucional de 1997 ainda continuou a manifestar dois entendimentos opostos: um que considerava que o direito à tutela jurisdicional efectiva deveria integrar o direito à tutela cautelar e um outro

tiva foi também confirmada no seio das decisões que versaram sobre os poderes das entidades administrativas independentes, em 1987 e em 1989. Com efeito, o reconhecimento constitucional da suspensão da eficácia de actos, enquanto componente do direito de defesa dos administrados, resultou do aresto de 23.02.1987, que versou sobre os poderes do Conselho da Concorrência, e do aresto de 17.01.1989 que versou sobre os poderes do Conselho de Audiovisual, sendo que para o Conselho Constitucional francês as normas em causa, que permitiam àquelas entidades emitir actos sancionatórios só não seriam inconstitucionais se os mesmos pudessem ser objecto de recurso de suspensão da respectiva execução. Para uma síntese do reconhecimento de estatuto constitucional da tutela de urgência em França, vd. a nossa *Introdução...*, cit., pp. 213 ss. E de entre a bibliografia lá citada, cumpre voltar a referenciar o texto de S. TSIKLITIRAS, «Le statut constitutionnel...», cit., pp. 679 ss.; M. A. FRISON-ROCHE, «Les droits fondamentaux des justiciables...», cit., p. 21.

⁽⁴⁵¹⁾ Para uma síntese, quanto a este aspecto, vd. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo», REDA, n.º 76, 1992, pp. 615 ss.; reunido in: *La batalla...*, cit., pp. 295 ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional...*, cit., p. 58. Quanto ao sistema alemão..., por exemplo, a este propósito, H. HUBA, «Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO», JuS (12), 1990, p. 983, esp. p. 986; F. SCHOCH, «Grundfragen des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes», VerwArch, 1991, pp. 149; K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., n.m. 2 a 7, pp. 1 a 4; T. WÜRTEMBERGER, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., n.m. 538 ss., pp. 239 ss. Considere-se a posição de HUFEN que realça uma dupla função da tutela provisória: função da tutela provisória numa perspectiva objectiva, traduzida na garantia da integridade do exercício da função jurisdicional e a perspectiva subjectiva. No seu entender, a primeira, que acentua o perfil da tutela cautelar como instrumento aos serviço de juízes independentes, enquanto instrumento que deve ser utilizado para impedir que a Administração execute, definitiva e ilegalmente, uma decisão antes de sobre ela recair uma sentença final complementa a perspectiva subjectiva. Vd. F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., n.m. 1 e 8, pp. 531 e 534.

oposto ⁽⁴⁵²⁾. E a posição do Tribunal Constitucional sobre o direito a uma decisão em prazo razoável tem sido extremamente cautelosa. Contudo, a lei fundamental prevê expressamente, desde 1997, a garantia de acesso à tutela judicial efectiva na dimensão expressa da garantia do prazo razoável, ou seja o direito ao processo temporalmente justo. Contudo, precisamente a este propósito, o Tribunal Constitucional não tem tido ocasião para esclarecer o que deve entender-se por direito à emissão de sentença em prazo razoável, não obstante existir uma abundante jurisprudência que versa sobre o conteúdo do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdiccional efectiva (3.).

1. A CEDH e a jurisprudência do TEDH

No contexto da CEDH, o direito a um processo efectivo e temporalmente justo revela-se como uma das dimensões preeminentes do direito ao processo equitativo, previsto no artigo 6.º, § 1, sendo que este direito deve ser entendido em sentido mais amplo do que aquele que tradicionalmente se associa ao direito à prolação de decisão em prazo razoável. Ele reconduz-se ao direito de acesso a um tribunal pela primeira vez reconhecido pelo TEDH no caso *Golder c. reino Unido/1975*, nos termos do qual se entendeu que a garantia processual do processo equitativo, previsto no artigo 6.º, § 1, da CEDH inclui a garantia prévia de acesso ao tribunal, mesmo que não exista uma disposição expressa que o consagra, já que este se funda em outras disposições legais e princípios de direito. E o direito ao processo efectivo e temporalmente justo decorre exactamente da concretização efectiva e concreta da garantia de acesso a um tribunal, uma vez que a garantia oferecida pela Convenção não pode ser tida como «teórica e ilusória» (caso *Airey c. Irlanda/1979*): a busca pela efectividade da tutela jurisdiccional efectiva resulta das disposições da convenção, mormente do próprio artigo 13.º e do artigo 2.º, alínea e), do Pacto de Direitos Civis e Políticos, nos termos do qual, e no contexto dos direitos e liberdades reconhecidos pelo Acordo, «os Estados se comprometem a garantir a todas as pessoas, cujos direitos e liberdades reconhecidos sejam ameaçados, um recurso útil, eficaz ou efectivo». Este novo entendimento emerge como resultado da metodologia reconstrutiva que a jurisprudência do TEDH tem operado para esclarecer o sentido e a amplitude do direito ao processo equitativo (1.1.).

⁽⁴⁵²⁾ Para uma síntese do reconhecimento de estatuto constitucional da tutela de urgência pelo Tribunal Constitucional, vd. a nossa *Introdução...*, cit., pp. 216 ss. E, de entre a bibliografia lá citada, cumpre voltar a referenciar o texto de M. FERNANDA MAÇAS, «A relevância constitucional da suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos», in: *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, pp. 345 ss.

Este direito ao processo temporalmente justo de matriz europeia abrange também o processo administrativo. Contudo, não pode dizer-se que a incidência seja absolutamente clara. Ela é, hoje, contudo, mais intensa do que era inicialmente (1.2.)

1.1. Consideremos, em primeiro lugar, os preceitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O direito a um processo temporalmente justo constituiu uma das garantias processuais que se pode fazer reconduzir ao núcleo do direito ao processo equitativo, previsto no artigo 6.º, § 1, da Convenção. Segundo esta norma, «qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra si dirigida. (...)». Este direito, que é, desde há muito, designado pelos órgãos da Convenção como direito ao processo equitativo, tem um conteúdo verdadeiramente rico e elástico, tendo sido objecto de constante ampliação pelos órgãos da Convenção. Na verdade, ao procurarem esclarecer qual é o seu específico núcleo e até onde vai a sua amplitude, estas entidades têm vindo a anunciar as garantias processuais que nele estão incluídas, sendo certo que, de decisão após decisão, novas garantias são reveladas como co-inerentes ao direito ao processo equitativo, revelando tal direito como sinónimo do direito ao processo efectivo.

E há abundante jurisprudência dos órgãos da Convenção — e, actualmente, do TEDH ⁽⁴⁵³⁾ —, que vem sendo ditada a este propósito. Servindo-se da «técnica das noções autónomas» ⁽⁴⁵⁴⁾ e da «teoria dos elementos necessariamente inerentes ao direito» ⁽⁴⁵⁵⁾, os órgãos da Convenção têm vindo a dissipar as incertezas que se foram colocando, ao longo dos tempos, neste domínio, sendo que, inicialmente, essa aclaração foi sendo realizada em sentido

⁽⁴⁵³⁾ A este propósito do direito ao processo equitativo e sobre as diversas dimensões deste direito e ainda sobre a origem histórica do direito ao processo equitativo (e o conceito de *natural justice* de matriz inglesa) e sobre a jurisprudência americana, vd. C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea...*, cit., pp. 169 a 244. Sobre uma perspectiva mais actualizada, vd. F. SUDRE, «À propos du dynamisme interprétatif de la cour européenne des droits de l'homme», JCP (I-335), 2001, pp. 1365 ss.; N. FRICERO, «Les garanties d'une bonne justice...», cit., pp. 455 ss.

⁽⁴⁵⁴⁾ Como explica F. MATSHER («La jurisprudence de la cour relative à l'article 6 de la convention», DDC (33/34), 1988, p. 469), as cláusulas da Convenção são entendidas não tanto exclusivamente à luz do sentido que estas podem ter no ordenamento do Estado contratante, mas mais em função do conteúdo (sistemático) e dos objectivos da Convenção, não descurando, porém, os princípios gerais inspiradores dos sistemas de direito de outros Estados contratantes.

⁽⁴⁵⁵⁾ Neste sentido, F. SUDRE, «À propos...», cit., pp. 1365 ss.

«evolutivo» e «consensual» ⁽⁴⁵⁶⁾ e mais recentemente a aclaração é realizada mais numa perspectiva reconstrutiva do que consensual ⁽⁴⁵⁷⁾.

Com efeito, segundo a perspectiva de SUDRE, o «dinamismo interpretativo-construtivo das normas da Convenção» ⁽⁴⁵⁸⁾, que é realizado com alguma discricionariedade pelo TEDH, tem culminado, na verdade, no alargamento da aplicabilidade deste direito e na extensão do seu conteúdo ⁽⁴⁵⁹⁾. E, assim, através de uma jurisprudência mais «reconstrutiva» que consensual — isto é, através de uma metodologia que assenta fundamentalmente «no desenvolvimento lógico» do direito ao processo equitativo — o tribunal tem esclarecido que este integra cada vez mais «outros novos direitos» ⁽⁴⁶⁰⁾, incluindo, mais recentemente, o direito de acesso à justiça, na vertente do patrocínio judiciário, para além daquelas garantias processuais *stricto sensu*, que, desde sempre, ou pelo menos não tão recentemente, se têm vindo a depreender daquele preceito da Convenção. Assim, para além daquelas garantias processuais desde sempre reconhecidas neste normativo, como seja a da garantia ao julgamento independente e imparcial, a da garantia a um processo com igualdade de partes e com pleno contraditório e a garantia a decisão em prazo razoável, ele inclui o direito de acesso aos tribunais e conseqüentemente o direito à execução de uma sentença (caso *Hornsby c. Grécia/1997*). Neste acórdão de 1997, o TEDH, ao considerar que «a execução de uma decisão judicial, em qualquer jurisdição, deve ser entendida como parte integrante do processo, no sentido do artigo 6.º», vem atribuir ao «direito de acesso a um tribunal» a sua plena efectividade, revelando, pois, a vertente do direito ao processo equitativo como direito ao processo efectivo. E, deste modo, pode inferir-se da jurisprudência de Estrasburgo que, no contexto da Convenção Europeia, o direito ao processo equitativo também «significa direito de acesso a um tribunal e direito à plena execução de uma sentença, sendo que estes são consubstanciais ou inerentes ao direito material protegido, na medida em que deles depende a sua efectividade» ⁽⁴⁶¹⁾.

Ademais, podemos acrescentar que esta perspectiva da tutela jurisdiccional efectiva não é alheia à jurisprudência do TEDH, quer quando este se pro-

⁽⁴⁵⁶⁾ A este propósito, vd. F. MATSHER, «La jurisprudence...», cit., p. 469.

⁽⁴⁵⁷⁾ Neste sentido, F. SUDRE, «À propos...», cit., pp. 1365 ss.

⁽⁴⁵⁸⁾ Neste sentido, F. SUDRE, «À propos...», cit., pp. 1365 ss.

⁽⁴⁵⁹⁾ A este propósito, para mais desenvolvimentos, vd. P. LAMBERT, «La cour européenne de droits de l’homme», JourTDE (n.º 17 — 3.º année), 1995, pp. 58 ss.

⁽⁴⁶⁰⁾ Sobre este assunto, vd. S. SONELLI, «I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo», RTDPC (n.º 4), 2004, pp. 1437 ss., esp. pp. 1444 e 1445; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «El orden europeo...», cit., pp. 7 ss.

⁽⁴⁶¹⁾ Neste sentido, F. SUDRE, «À propos...», cit., pp. 1365 ss.

nuncia sobre a efectividade do direito ao recurso individual (nos termos do artigo 34.º da CEDH), quer quando esclarece o que deve entender-se por «direito ao recurso efectivo» (nos termos do artigo 13.º da CEDH) ou por «direito ao recurso equitativo» na dimensão do prazo razoável (nos termos do artigo 6.º, § 1, da CEDH). E, de facto, da leitura combinada (que se impõe em alguns casos) destas normas convencionais tem sido salientada a existência de um princípio da tutela jurisdicional efectiva, em termos que dele emerge a *obrigação* de o Estado contratante assegurar a defesa efectiva dos direitos ou liberdades garantidos pela Convenção, incluindo, nomeadamente, o *dever* de, ao colaborar lealmente com os órgãos da Convenção, decretar medidas provisórias (nos termos do artigo 39.º do Regulamento do TEDH) em determinadas situações, em relação às quais a defesa efectiva das garantias reconhecidas pela Convenção esteja em causa ⁽⁴⁶²⁾ — designadamente de extradição ou expulsão iminente (como foi discutido no caso família chilena *Cruz Varas c. Suécia*/1991) ⁽⁴⁶³⁾ ou no caso *Conka c. França*/2002 — ou outras medidas urgentes, tais como as medidas de aceleração da marcha de um processo em curso, como ficou confirmado na jurisprudência dos órgãos da Convenção que versou sobre os processos de responsabilização dos serviços de saúde franceses e italianos e que foram accionados por cidadãos que tinham sido contaminados com o vírus da SIDA e da Hepatite B e C, por ocasião de transfusões de sangue realizadas naqueles serviços públicos. O direito que a jurisprudência de Estrasburgo veio reconhecer aos cidadãos (a quem restava pouco tempo de vida) revela-se, pois, como direito a um processo temporalmente justo, sendo, pois, uma forma legítima de se interpretar o direito à emissão de sentença em prazo razoável em co-relação com o princípio da tutela jurisdicional efectiva. Este revelou-se, de facto, nos «processos de sangue contaminado» e, posteriormente, foi reafirmado e ampliado no processo *Kudła c. Polónia*/2000, tendo sido reforçado no processo *Brusco c. Itália*/2001.

⁽⁴⁶²⁾ Neste sentido, vd. J. CALLEWAERT, «La Cour Européenne...», cit., pp. 391 ss.; C. A. NØRGAARD/H. C. KRÜGER, «Interim and conservatory measures...», cit., pp. 109 ss.; H. R. GARY, «When procedure involves matters of life and death: interim measures and the European Convention on Human Rights», EPL (Vol. 7), 2001, pp. 399 ss.

⁽⁴⁶³⁾ Vd. *Affaire Cruz Varas e outros c. Suécia, Arrêt du 20 mars 1991*, n. 46/1990/237/307, publ. in: RUDH, 1991, pp. 209 ss. E, em especial, sobre o caso, vd. COHEN-JONATHAN, «De l'effet juridique de "mesures provisoires" dans certaines circonstances et de l'efficacité du droit de recours individuel: à propos de l'arrêt de la Cour de Strasbourg Cruz varas du 20 mars 1991», RUDH, 1991, pp. 205 ss.; K. OELLERS-FRAHM, «Zur Verbindlichkeit einstweiliger Anordnungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte», EuGRZ, 1991, pp. 197 a 199; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour Européenne des Droits de l'Homme», RTDH, 1992, pp. 251 ss.

Na realidade, o TEDH tem vindo a tornar cada vez mais claro o conceito efectividade. E, por exemplo, em matéria de protecção de estrangeiros, designadamente a propósito do pedido de asilo, o TEDH veio reforçar a necessidade de os Estados signatários proporcionarem mecanismos efectivos de protecção. Afirmou-o mais recentemente por unanimidade, em 26 de Abril de 2007, no processo *Gebremedhin c. France* (n.º 25 389/05), tendo censurado o Estado francês por, ao negar o estatuto de refugiado um jornalista eritreu e ao ordenar a sua expulsão, não lhe oferecer um mecanismo interno efectivo de defesa. Na realidade, tendo sido dada a ordem e tendo sido rejeitado pelo juiz administrativo o pedido de sua suspensão em processo de *référé-liberté* (nos termos do artigo L. 521.2 do CodeJA), o TEDH considerou estarem preenchidos os pressupostos do artigos 3.º e 13.º da Convenção, pois em causa estaria tanto o risco de a vítima poder vir a sofrer tortura, pena ou tratamento desumano ou degradante em consequência da expulsão como a ausência de um recurso efectivo de defesa, tendo intimado as autoridades francesas para procederem à suspensão imediata da decisão — o que permitiu ao estrangeiro obter uma autorização provisória de permanência ⁽⁴⁶⁴⁾. Assim, indo contudo mais longe, na questão da protecção de estrangeiros perante decisões administrativas de expulsão, o TEDH confirma a explicação já dada no acórdão *Conka*

⁽⁴⁶⁴⁾ Sobre este assunto, vd. o acórdão *Gebremedhin* (n.º 25 389/05) de 26.04.2007, onde o TEDH decidiu que o processo de *référé-liberté* não garantia um recurso efectivo no sentido do artigo 13.º da CEDH, uma vez que tal processo é desprovido de efeito suspensivo, em causa estava o perigo a que se refere o artigo 3.º da Convenção e o carácter irreversível do tipo de dano que é susceptível de sofrer o estrangeiro depois de expulso. Na realidade, o TEDH considerou que «l'article 13 exige que l'intéressé en l'espèce à un recours de plein droit suspensif», sendo certo que deduziu que no caso concreto «n'ayant pas eu accès en zone d'attente à un recours effectif pour faire valoir son grief tiré de l'article 3 de la Convention. Il y a donc eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec cette disposition». Sobre este assunto, vd., por todos, CÉDRIC SENELAR-GIL, «Recours juridictionnel contre une décision de non-admission sur le territoire: le référé-liberté, remède ou placebo? Quelques réflexions sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 avril 2007, *Gebremedhin/France*», in www.guglielmi.fr (14.07.2008). Neste contexto, a Associação nacional de assistência nas Fronteiras aos Estrangeiros (ANAFÉ) dá conta que, depois desta condenação, sendo necessário proceder a alterações na lei sobre estrangeiros, foi apresentada uma proposta de lei que acolhe um mecanismo de defesa com efeito suspensivo, sendo certo que, no seu entender, tal alteração introduzida no mecanismo de defesa ainda não parece estar conforme ao conceito de processo efectivo. Assim, de acordo com a ANAFÉ, cerca de 53% dos *référés* accionados são liminarmente rejeitados (no momento de «tri», sem audiência contraditória), o que tem como consequência o reenvio do estrangeiro para a fronteira onde pode ser ouvido por um magistrado através de audiovisual, violando-se os princípios de equidade, imparcialidade e publicidade), pelo que aquela associação francesa de assistência na fronteira aos estrangeiros considera que o procedimento de asilo francês pode continuar a ser uma autêntica «roleta russa» («roulette russe»). Sobre este assunto, vd. www.gisti.org/.

c. *Bélgica*, de 05.02.2002, processo n.º 51 564/99, a propósito do conceito de efectividade, nos termos da qual «não pode ter-se como recurso efectivo se as medidas são executadas antes de as autoridades nacionais terem verificado a sua compatibilidade com a CEDH, sobretudo se há perigo de irreversibilidade» (465).

Claro está que o direito ao processo equitativo tem sido tradicionalmente associado a certas garantias processuais e fundamentalmente à garantia do prazo razoável, sendo certo que a jurisprudência dos órgãos da convenção que mais tem sido objecto de atenção versa efectivamente sobre esta dimensão do direito ao processo equitativo, previsto no artigo 6.º, § 1, da CEDH. Ora, este direito inclui de forma mais explícita o direito ao processo temporalmente justo se o entendermos na dimensão restrita da garantia a uma decisão judicial em prazo razoável. De qualquer modo, cumpre sublinhar que a jurisprudência do TEDH já considerou que deste direito depende a boa administração da justiça e a sua credibilidade e, por isto mesmo, importa sublinhar que, no seio da Convenção europeia, o direito ao processo equitativo foi sendo alargado e está mais próximo do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva. De facto, é neste sentido que lemos a garantia à emissão de sentença em prazo razoável, relacionando-a com o processo equitativo, compreendido naquele sentido alargado, que vai ao encontro do princípio da tutela jurisdicional efectiva. Enfim, é impossível não concluir que, no quadro jurídico europeu, existe o direito a um processo efectivo e temporalmente justo.

Na verdade, após a entrada em vigor do Protocolo n.º 11, o TEDH tem enunciado novas obrigações decorrentes daquele preceito e, recorrendo à «teoria dos elementos inerentes ao direito», o TEDH continua a enunciar para os Estados novas obrigações e novos deveres decorrentes da Convenção. Neste sentido, e no sentido mais perto do tradicional, o TEDH tem considerado que a demora do processo tem de ser aferida em função da complexidade da causa e da situação litigiosa, sendo que, em princípio, um processo que demore numa instância mais de três anos excede o tempo razoável, violando aquele direito. Contudo, a comprovação da violação do direito ao prazo razoável depende sempre da análise sistemática *in concreto* da duração do processo,

(465) Sobre este assunto, vd. o acórdão *Conka* (n.º 51 564/99) de 04.02.2002, onde o TEDH veio dizer o seguinte: «La Cour considère que l'effectivité des recours exige par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles (...). En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention». Sobre este assunto, vd., por todos, CÉDRIC SENELAR-GIL, «Recours juridictionnel...», cit.

segundo certos parâmetros, uma vez que o próprio tribunal de Estrasburgo já considerou como pouco razoável a duração de um processo calculada num ano e seis meses ⁽⁴⁶⁶⁾.

E, a partir da jurisprudência interpretativa que o TEDH tem vindo a realizar do artigo 6.º da CEDH, compreende-se e aceita-se que esta jurisdição não se oponha à concretização de técnicas que se impõem por imperativo de economia processual e judiciária e de cujo cumprimento resulta uma melhor satisfação da procura da justiça, na perspectiva da concretização do direito ao prazo razoável. Ela não se opõe, nomeadamente, à política de «*desjudicialização*» e à possibilidade de organizar um pré-tratamento não jurisdicional de assuntos em matéria cível e penal, nem à limitação de vias de recurso jurisdicional, nem à possibilidade de se criarem processos simplificados e acelerados, em função da natureza e urgência das matérias e da importância que o processo pode ter para as partes, nem à fundamentação sumária de sentenças, em certas circunstâncias e atendendo à importância do litígio ⁽⁴⁶⁷⁾.

Neste contexto, cumpre precisar que, para o TEDH, o direito ao processo equitativo inclui um direito ao processo temporalmente justo, sendo que a justeza da duração tem cada vez mais em conta a urgência do caso, mesmo tratando-se de um processo que esteja submetido à apreciação do Tribunal Constitucional ⁽⁴⁶⁸⁾, e tem também em conta a natureza das questões a tratar e a importância que a decisão (e a execução da decisão) pode ter para quem accionou o processo ⁽⁴⁶⁹⁾.

⁽⁴⁶⁶⁾ Neste sentido, R. MEDDA/C. OCTAVE/A. R. ASCOLI/I. R. BOANO, «La ragionevole durata dei processi», Doc.G, dedicada ao tema: *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (n.º 1-2), 2000, p. 141.

⁽⁴⁶⁷⁾ Neste sentido e para outras considerações, vd. G. CANIVET, «Économie de la Justice et procès équitable», JCP (I-361), 2001, pp. 2085 ss.

⁽⁴⁶⁸⁾ Com efeito, o TEDH afirmou esta ideia no acórdão de 25 de Fevereiro de 2000, que versou sobre o Caso *Gast e Popp contra a Alemanha*, uma vez que considerou que deveria ser tomada em conta a urgência da situação.

⁽⁴⁶⁹⁾ A este propósito, vd. acórdão do TEDH de 7 de Fevereiro de 2002, que versou sobre o caso *Mikulic c. Croácia*, onde se afirma o seguinte: «A razoabilidade do prazo da duração de um processo afere-se segundo os seguintes critérios: a complexidade da causa, o comportamento das partes e o modo como o processo foi conduzido pelas autoridades competentes, tendo ainda em consideração a relevância da questão em litígio para a vida dos interessados. Nos casos relativos aos estados das pessoas, exige-se das autoridades competentes uma especial diligência, em particular em casos relativos a uma acção de investigação de paternidade, em que a requerente tem direito a ver cessada, no mais breve prazo, a situação de incerteza quanto à identidade do seu progenitor». Neste caso, o TEDH entendeu que, «a configurar-se a inexistência de um meio processual que na acção de investigação da paternidade obrigasse o alegado pai a submeter-se a testes de ADN, conforme o ordenado pela autoridade judicial, só não haveria violação da CEDH se «o Estado providenciasse um meio alternativo que permitisse a uma autoridade independente decidir, com celeridade, a questão da paternidade em litígio».

1.1. Como se apontou nas considerações introdutórias, a jurisprudência dos órgãos da Convenção que versam sobre o direito ao processo equitativo incide particularmente sobre a dimensão do prazo razoável. E, neste contexto, uma das preocupações dos órgãos da convenção foi delimitar o âmbito de aplicação do artigo 6.º, § 1, da CEDH. Durante muito tempo, pensou-se que aquele direito seria considerado independentemente da natureza da jurisdição. A verdade não é, contudo, essa. Antes pelo contrário, no quadro do direito europeu, não se pode afirmar que o particular que recorre à justiça administrativa tem, sem mais, um direito a obter uma decisão judicial em prazo razoável. Em abono da verdade, o artigo 6.º, § 1, dispõe apenas que qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos *seus direitos e obrigações de carácter civil*, quer sobre o fundamento de qualquer *acusação em matéria penal contra si dirigida* (...). Aliás, como o âmbito de aplicação deste normativo aponta para os domínios civil e penal é justo que se pense que a resolução dos litígios emergentes das relações jurídico administrativas estaria afastada do seu âmbito e, por conseguinte, é justo pensar que o artigo 6.º somente visaria — ou visaria fundamentalmente ⁽⁴⁷⁰⁾ — as jurisdições cível e penal ⁽⁴⁷¹⁾. Com efeito, o próprio TEDH assim o afirmou no primeiro julgamento, no caso *Lawless* (1960). Contudo, desde essa altura até hoje a evolução tem sido significativa ⁽⁴⁷²⁾.

E, assim, esta garantia processual, que cabe expressamente no núcleo central das garantias processuais previstas no artigo 6.º, § 1, da CEDH, abarca tanto a jurisdição civil e penal como também se estende à jurisdição administrativa, sempre que os processos que nelas decorrem versem sobre «a determinação [de] direitos e obrigações de carácter civil» ou «sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal» ⁽⁴⁷³⁾. Como consequência do que acabámos de dizer, cumpre, pois, perceber como deve entender-se tais conceitos para finalmente se apurar se o direito de qualquer pessoa de obter uma decisão judicial, num prazo razoável, também vale para os particulares que se dirigem ao contencioso administrativo. É então por aqui que devemos começar, tanto mais quanto sabemos que a interpretação dos conceitos desta norma

⁽⁴⁷⁰⁾ Neste sentido, vd. R. ERGEC/J. VELU, «La notion de 'délai raisonnable' dans les articles 5 et 6 de la convention européenne des droits de l'homme. Essai de synthèse», RTDH (n.º 5), 1991, pp. 143 ss.

⁽⁴⁷¹⁾ Neste sentido, vd. F. MATSHER, «La jurisprudence...», cit., p. 460.

⁽⁴⁷²⁾ A este propósito, vd. O. DUGRIP, «L'applicabilité de l'article 6 de la CEDH aux juridictions administratives», RUDH, 1991, pp. 336 ss.

⁽⁴⁷³⁾ Sobre este tema, vd. o nosso «Do novo contencioso...», cit., pp. 345 ss.

têm sido interpretados com défice de uniformidade, tanto no seio dos órgãos da Convenção como também entre estes e as jurisdições dos Estados ⁽⁴⁷⁴⁾.

A bem ver, nem a própria metodologia interpretativa do TEDH tem sido coerente. De facto, se inicialmente, ao esclarecer se as garantias do processo equitativo se aplicariam ou não ao processo administrativo, os órgãos de Estrasburgo foram interpretando «com descrição e sem activismo» ⁽⁴⁷⁵⁾ o artigo 6.º, já, mais recentemente, o TEDH tem procedido à alteração radical de posições afirmadas ⁽⁴⁷⁶⁾. E desta jurisprudência evolutiva do TEDH faz parte tanto o alargamento do conteúdo do próprio direito ao processo equitativo, tal qual se afirmou, como faz parte o alargamento da aplicação da norma a novas matérias de natureza jurídico-pública, de tal forma que hoje aquela garantia se aplica mesmo a momentos do contencioso administrativo clássico. Contudo, como se verá, este alargamento é discricionariamente decidido pelo tribunal e, por isso, pode concluir-se que, do ponto de vista do direito europeu, continua a existir um sector do contencioso administrativo que escapa incompreensivelmente à aplicação desta garantia.

O alargamento acontece primeiro no caso *Ringeisen/1971*, no qual a jurisprudência de Estrasburgo, adoptando uma «concepção funcional» ⁽⁴⁷⁷⁾ da noção de direito civil, esclareceu que a aplicabilidade do artigo 6.º não devia depender do tipo de jurisdição (judicial ou administrativa), nem da natureza da lei que regeria a questão (civil, comercial, penal ou administrativa), nem da qualidade pública ou privada das partes, mas, sim, da natureza material da questão. Ficou, então, desde este momento, esclarecido que da natureza da jurisdição, administrativa ou judicial, não deveria resultar qualquer tipo de consequência quanto à aplicabilidade do artigo 6.º da CEDH. Contudo, ainda que *a priori* a jurisdição administrativa não tenha sido afastada do campo de aplicação da norma ⁽⁴⁷⁸⁾, a questão não fica toda resolvida, pois os órgãos da Convenção nunca afirmaram que todo o contencioso administrativo seria

⁽⁴⁷⁴⁾ A propósito da aplicação da CEDH (e da interpretação do artigo 6.º) pelo *Conseil d'État* e das divergências existentes entre a jurisprudência deste tribunal e a do TEDH, vd. O. DUGRIP/F. SUDRE, «Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives: l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 24 octobre 1989», *rfda*, 6 (2), 1990, pp. 209 ss.; L. SERMET, «Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme», *rfda*, 15 (4), 1999, pp. 803 a 808.

⁽⁴⁷⁵⁾ A este propósito, vd. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Les garanties procédurales en matière de droit public: Les droits latins de l'Europe», in: *Garanties judiciaires pour les procédures administratives*, coord. F. MATSCHER, Strasbourg, 1989, pp. 81 ss., esp. p. 87.

⁽⁴⁷⁶⁾ Neste sentido, J.-F. FLAUSS, «Le droit à un recours effectif...», *cit.*, pp. 179 ss.

⁽⁴⁷⁷⁾ Neste sentido, F. MATSCHER, «La jurisprudence...», *cit.*, p. 464.

⁽⁴⁷⁸⁾ Neste sentido, vd. O. DUGRIP/F. SUDRE, «Du droit à un procès équitable...», *cit.*, pp. 206 ss.

abrangido pelo âmbito da norma. Pelo contrário, os órgãos da Convenção foram afirmando que o direito à boa administração da justiça não poderia ser senão invocado em processos que tivessem por objecto a determinação de direitos e obrigações de natureza civil ou processos que decidissem sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal. Assim, os órgãos de Estrasburgo foram esclarecendo que a aplicação ao contencioso administrativo das garantias previstas no artigo 6.º da CEDH deveria ser fixado em função de um ou de outro objecto ⁽⁴⁷⁹⁾. E, como se veio a provar, ficou a dever-se, pois, à hermenêutica daquelas instâncias, *maxime* do TEDH, a submissão de parte do contencioso administrativo às garantias do artigo 6.º da CEDH, entre as quais se situa a da garantia do prazo razoável. Foi, pois, a partir de uma interpretação pontual destes conceitos-chave — carácter *civil* do direito ou da obrigação e o carácter *penal da acusação* — que foi sendo alargada a aplicação da garantia aos processos administrativos. Enfim, a dificuldade era patente. E a começar pelo conceito «civil», bem se vê que muitas foram as dificuldades a superar. A interpretação do conceito constituiu mesmo uma tarefa «espinhosa» ⁽⁴⁸⁰⁾. E bem se compreende porquê: o conceito «direito civil» não deveria corresponder a direito incluído no Código Civil, nem se poderia remeter para o direito interno o seu apuramento — uma vez que a interpretação teria de ser autónoma, teológica e funcional (caso *König/1978*). Ao mesmo tempo, a existência de diferenças entre os sistemas jurídicos dos Estados contratantes, ainda que fosse cada vez mais reduzida ⁽⁴⁸¹⁾, dificultaria o apuramento dos conceitos: bastaria lembrar a expressão *civil rights* do sistema anglo-saxónico e verificar qual deveria ser a expressão que lhe deveria corresponder nos sistemas românicos (*clássicas liberdades públicas*). A complexidade é bem patente.

Todavia, o TEDH foi procurando resolver o impasse. E, neste sentido, contribuindo para que se considerasse desnecessário celebrar um novo Protocolo para redacção de um *novo* artigo 6.º (dito, *6.º bis*), com o objectivo de nele prever as garantias processuais aplicáveis às matérias e procedimentos de direito público ⁽⁴⁸²⁾, o Tribunal de Estrasburgo resolveu enveredar pela afirmação autónoma da noção «civil», por via de uma metodologia segundo a

⁽⁴⁷⁹⁾ A este propósito, vd. F. MATSCHER, «Les garanties judiciaires pour les procédures administratives: Rapport introductif», in: *Garanties judiciaires pour les procédures administratives*, Strasbourg, 1989, pp. 9 ss.; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea...*, cit., pp. 249 ss.

⁽⁴⁸⁰⁾ Expressão de F. MATSCHER, «La jurisprudence...», cit., p. 462.

⁽⁴⁸¹⁾ A propósito da pressão que a CEDH e o direito comunitário têm exercido no sentido da aproximação dos sistemas na Europa e entre o direito público e privado, vd., fundamentalmente, M. FROMONT, «La Convergence des systèmes...», cit., pp. 125 ss.

⁽⁴⁸²⁾ Neste sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Les garanties procédurales...», cit., p. 88.

qual as cláusulas da Convenção são entendidas, não tanto exclusivamente à luz do sentido que estas podem ter no ordenamento do Estado contratante, mas em função do conteúdo (numa perspectiva sistemática) e dos objectivos da Convenção, não descurando, porém, da consideração dos princípios gerais inspiradores dos sistemas de direito dos outros Estados contratantes. É neste contexto, pois, que se percebe que o TEDH venha valorando mais o conteúdo material do que a classificação formal que o direito possa ter no ordenamento jurídico do Estado em causa ⁽⁴⁸³⁾.

Ora, seguindo esta metodologia iniciada em 1971, o TEDH veio confirmá-la em 1978, no caso *König*. Afastando a tradicional concepção de direito privado, enquanto direito que rege uma relação entre particulares (ou entre particulares e entidades públicas desprovidas de poderes públicos), o TEDH esclareceu que, para determinar a natureza civil do direito ou da obrigação pouco importaria a natureza da lei, civil, comercial, trabalho ou administrativa, ou a autoridade competente na matéria — jurisdição de direito comum, administrativa ou constitucional. Decidindo *in concreto* e privilegiando a análise material e os efeitos pelo direito produzidos em detrimento da qualificação formal, a *Cour de Strasbourg* analisou se o objecto do processo seria a determinação de direitos de carácter privado. E, tudo somado, o tribunal considerou que as garantias do processo equitativo aplicáveis a um processo que tinha por objecto uma questão referente à extinção da autorização para exercício de actividade médica e para exploração de uma clínica privada, deveria ser considerada como questão civil e, por isso, tal processo deveria sofrer a incidência do direito ao processo equitativo, na dimensão do prazo razoável. Contudo, como a interpretação extensiva do campo de aplicação do artigo 6.º da CEDH se tem realizado caso a caso, pontualmente, não se pode dizer que tudo está resolvido, uma vez que os órgãos da Convenção têm evitado dar definições gerais e abstractas de tal conceito que versa sobre a natureza civil do direito ou da matéria.

Com efeito, nos processos que opõem um particular a uma entidade pública, os órgãos de Estrasburgo começaram por referir que o carácter civil da questão existiria se, no processo, o particular exercesse (ou reivindicasse protecção para) um direito privado pré-existente ⁽⁴⁸⁴⁾ (caso *König*/1978). Poste-

⁽⁴⁸³⁾ Sobre tal metodologia, vd. P. LAMBERT, «La cour européenne de droits de l'homme», *JourTDE* (n.º 17 — 3.º année), 1995, pp. 58 ss.; IRENEU CABRAL BARRETO, *A convenção europeia...*, cit., p. 57; G. MALINVERNI, «Droit à un procès équitable et cours constitutionnelles», RUDH, 1994, pp. 391 ss.

⁽⁴⁸⁴⁾ Neste sentido, vd. O. DUGRIP/F. SUDRE, «Du droit à un procès équitable...», cit., p. 207.

riormente, a jurisprudência de Estrasburgo passou a aplicar as garantias do processo equitativo a um processo que veio opor um particular a uma entidade pública e que teria por objecto um direito pessoal ou patrimonial, por estar em causa o direito de propriedade (caso *Baraona*/1987), a interdição do exercício de uma actividade (caso *Neves e Silva*/1989), a indemnização por prejuízos decorrentes da aplicação de um medicamento (caso *H. c. France*/1989) ou da transfusão de sangue contaminado com o vírus da SIDA (caso *Vallée c. France*/1994). E, assim, versaria sobre um direito de carácter civil o processo que tinha por objecto «o direito pessoal e patrimonial» dos vizinhos de um aeroporto que se queixavam do barulho e da poluição por este causados e pediam uma reparação por danos (caso *Zimmermann e Steiner*/1983). E, de igual modo, são exemplos de casos aos quais se veio a aplicar o artigo 6.º da Convenção — a título de «determinação de direitos ou obrigações de carácter civil» — os processos que incidiram sobre a autorização para o exercício de uma profissão (caso *Jaxel*/1987), a abertura de um estabelecimento, a exploração de um serviço (caso *Tre Traktörer*/1989) ou o exercício de uma actividade (caso *Benthem*/1985 e caso *Pudas*/1987). Bem como ainda são exemplos de casos que satisfizeram o pressuposto do texto da Convenção, os litígios em que esteve em causa o direito de propriedade, num caso de expropriação (caso *Sporrong e Lönnroth*/1982), ou o direito ao licenciamento de uma construção (caso *Jacobson*/1989), ou a conservação de uma propriedade (caso *Aktiebolag*/1989).

Cumpre, em síntese, acentuar que as garantias processuais do artigo 6.º, § 1, da Convenção foram sendo alargadas e são aplicáveis, desde já há algum tempo, ao contencioso administrativo que versa sobre «direitos e obrigações de carácter civil». O TEDH, valorando o conceito segundo a técnica das «noções autónomas», foi procedendo ao desenvolvimento de conceitos e foi considerando que a Convenção deveria oferecer ao indivíduo uma protecção efectiva contra a actuação lesiva dos poderes públicos. E assim, veio considerando, caso a caso, se nos processos que lhe foram sendo apresentados, eles incidiriam sobre um direito (ou interesse) privado — por estar em causa, nomeadamente um interesse pessoal ou patrimonial — que pudesse, à luz da Convenção, qualificar-se como *direito de natureza civil*.

Na verdade, este caminho discricionariamente percorrido pelo juiz europeu para proceder à distinção entre *jus imperii* e *jus gestionis* e para atribuir ou recusar o carácter «civil» a certos direitos que integram o ordenamento jurídico interno dos Estados ainda não foi completamente percorrido. E, por isso, sendo um *work in progress*, ele vai sendo completado, não escapando conseqüentemente à incerteza e à falta de tratamento equitativo das matérias administrativas e do seu contencioso, sendo que, por vezes, o tratamento dessas matérias parece obedecer a uma «coerência

duvidosa» (485). Bem vistas as coisas, importa reconhecer que fugiu à incidência da garantia do prazo razoável uma panóplia de questões emergentes das relações jurídico-administrativas — tais como processos que tenham por objecto decisões e medidas de polícia referentes a estrangeiros — incluindo questões de entrada, residência e saída, já que, em relação a estas questões, não se reconhece aos estrangeiros nenhum «direito ou obrigação de natureza civil» (486) —, bem como continuam a ser excluídos de tal garantia os processos relativos a extradição, expulsão ou recusa de estatuto de refugiado (487). E, de igual modo, de tal atitude discricionária quanto à valoração do «direito puramente ou essencialmente patrimonial» tem resultado a «incerteza» (488) quanto à aplicabilidade das garantias processuais do artigo 6.º ao contencioso da função pública (caso *Huber c. França*/1998), incluindo o disciplinar, e às questões de natureza fiscal e eleitoral (489). Em matéria fiscal e em relação ao seu contencioso, por exemplo, a *Cour europeia* parece manter «fechado a sete chaves» (490) o campo de aplicação das garantias previstas neste normativo. No processo *Ferrazzin c. Itália*/2001 (que segue a linha da jurisprudência anterior), estando em causa a duração excessiva de um processo fiscal referente a um imposto de mais-valia, o Tribunal de Estrasburgo excluiu claramente este contencioso da aplicação do artigo 6.º, uma vez que o critério «patrimonial» da questão subjacente não justificaria por si só a natureza «civil» da determinação do direito ou obrigação.

E no que diz respeito ao contencioso da função pública, afastado «incoerentemente» (491) do campo de aplicação do artigo 6.º, cumpre destacar uma decisão de 1999, na qual os órgãos da Convenção vieram introduzir significativas modificações quanto à aplicabilidade da garantia do prazo razoável

(485) Neste sentido, vd. H. LABAYLE/F. SUDRE, «Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif», rfd, 15 (4), 1999, p. 793.

(486) Neste sentido, vd. J.-F. FLAUSS, «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme» (novembre 1998-avril 2000), AJDA, 2000, p. 532.

(487) Sobre este assunto, vd. S. SAROLEA, «Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 e 13 de la Convention européenne des droits de l'homme», RTDE (n.º 37), 1999, pp. 129 ss.

(488) Neste sentido, J. JORDA, «Le délai raisonnable et le droit disciplinaire de la fonction publique», AJDA, 2002, p. 16.

(489) Neste sentido, O. DUGRIP, «L'applicabilité de l'article 6...», cit., pp. 346 ss.

(490) Expressão de H. LABAYLE/F. SUDRE, «Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif», rfd, 2002, p. 1104.

(491) Neste sentido, vd. O. SIMON, «L'applicabilité de l'article 6, § 1, aux fonctionnaires et agents publics: affaires Huber (19 février 1998, Maillard, Cazenave de la roche (9 juin 1998), Le Calvez (29 juillet 1998), Benkessiouer et Couez (24 août 1998)», *Cahiers du CREDHO*, n.º 5, 1999, pp. 83 ss.

àquele contencioso. Assim, no caso *Pellegrin c. França/1999*, a *Cour de Strasbourg*, tendo adoptado um critério funcional que assentaria na natureza das funções e das responsabilidades daqueles que exercem as funções públicas, veio considerar que somente seria subtraído à aplicação das garantias do processo equitativo o contencioso da função pública que fosse relativo aos funcionários (e agentes), cuja actividade visasse a realização do interesse público atribuído ao Estado e cuja actuação se caracterizasse pelo exercício de poderes de autoridade pública (e de partilha de poderes de soberania do Estado) ⁽⁴⁹²⁾. Esta solução de princípio, que produziu um efeito «regressivo» ⁽⁴⁹³⁾ e que estabeleceu um novo critério de aplicabilidade do artigo 6.º ao contencioso da função pública, isto é, um critério funcional em vez do critério da natureza patrimonial do litígio, teve como consequência deixar de fora das garantias do processo equitativo e do prazo razoável um grupo considerável de litígios pertencentes aos funcionários detentores de autoridade (com a excepção do contencioso em matéria de pensões, já que o artigo 6.º se aplica a todos os funcionários, pois, o funcionário aposentado não beneficia de parte de soberania do Estado, no momento em que já se extinguiu a ligação especial de confiança e lealdade). Há, na realidade, um *efeito perverso* no caso *Pellegrin*, que se traduz no facto de se aceitar a possibilidade de separar dois grupos de funcionários, uns aos quais se atribui um direito europeu e outros que dele não beneficiam, sendo que a estes é impossível atribuir uma compensação pecuniária pela *Cour de Strasbourg*, em caso de violação da garantia do prazo razoável ⁽⁴⁹⁴⁾. Enfim, dever-se-ia, pois, interpretar restritivamente esta excepção criada no caso *Pellegrin* ⁽⁴⁹⁵⁾.

Enfim, mesmo na ausência de «denominador comum que permitisse encontrar na matéria uma noção europeia uniforme» ⁽⁴⁹⁶⁾, a redução da área de inaplicabilidade do artigo 6.º da CEDH tem sido conseguida por via da interpretação autónoma do conceito-chave «direito de natureza civil», sendo certo

⁽⁴⁹²⁾ Neste sentido, J. JORDA, «Le délai raisonnable...», cit., p. 15.

⁽⁴⁹³⁾ Neste sentido, J.-F. FLAUSS, «Actualité...», cit., p. 531.

⁽⁴⁹⁴⁾ Vd. J.-F. FLAUSS, «Actualité...», cit., p. 531.

⁽⁴⁹⁵⁾ E foi o que aconteceu no caso *Frydlender c. França/2000*, em que o TEDH, a propósito de um processo em matéria disciplinar que correu termos num tribunal administrativo francês durante quase dez anos, condenou o Estado francês no pagamento de 60 000 francos, a título de reparação equitativa dos danos morais a um funcionário público integrado numa entidade pública distinta da pessoa colectiva Estado. A este propósito e para algumas críticas, vd. V. HAÏM, «L'application de l'article 6 aux fonctionnaires et agents publics: la jurisprudence Pellegrin (suite), les affaires Frydlender (27 juin 2000), S. M. (18 juillet 2000), Lambourdière et Satonnet (2 août 2000)», *Cahiers du CREDHO*, n.º 7, 2001, pp. 193 ss.

⁽⁴⁹⁶⁾ Neste sentido, vd. F. SUDRE, «À propos...», cit., p. 1366.

que este conceito está longe de ser fixado de modo geral, tanto mais que os órgãos da Convenção seguem, para o efeito, uma metodologia conhecida por «juridicial self-restraint». Segundo MATSHER, esta metodologia pressupõe «nunca precisar enunciações de carácter geral» (497). É com base em semelhante esquema de actuação *jurisprudencial* que os órgãos da Convenção fazem aplicar as garantias do artigo 6.º à matéria administrativa a título do conceito «acusação em matéria penal». Na verdade, procurando evitar que a política de descriminalização em alguns Estados contratantes possa ser incompatível com os objectivos da Convenção, e nesse sentido privar os particulares das garantias do artigo 6.º (caso *Öztürk/1984*), os órgãos da Convenção têm entendido que o conceito de «matéria penal» pode, à luz do ordenamento jurídico interno, corresponder ao direito administrativo sancionador ou das infracções administrativas (498). E, por isso, considerando a autonomia da noção «acusação em matéria penal» — que é sinónimo de «notificação oficial» a uma pessoa, realizada pelas entidades competentes, da censura de ter realizado uma infracção penal — recorrendo a critérios próprios que atendem à natureza geral da norma infringida e ao objectivo dissuasor e punitivo da sanção, os órgãos de Estrasburgo têm considerado aplicáveis as garantias do artigo 6.º da CEDH ao contencioso que versa sobre algumas infracções administrativas (499).

No caso *Engel/1976*, os órgãos da Convenção consideraram que o tipo de sanção privativa de liberdade aplicada a soldados por entidades militares constituía matéria penal à luz do artigo 6.º da CEDH, pelo que este preceito deveria considerar-se aplicável àquele processo. E a mesma jurisprudência vingou para as sanções aplicadas a detidos em estabelecimentos prisionais (caso *Campbell e Fell/1984*) (500). Já diferentemente das sanções no domínio militar e penitenciário, em matéria do contencioso disciplinar da função pública a jurisprudência do TEDH tem sido mais «ambígua» (501). E, assim, uma vez

(497) Neste sentido, F. MATSHER, «La jurisprudence...», cit., p. 467.

(498) Neste sentido, vd. J. M. B. SANCHEZ-CRUZAT, *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1996, p. 127.

(499) Sobre os diversos critérios utilizados pelo TEDH para proceder à qualificação material do conceito de «acusação em matéria penal», vd. J. P. CÉRÉ, «L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison», JCP (I-316), 2001, p. 869 ss.; JÓNATAS E. M. MACHADO, «Direito à liberdade e prisão preventiva (na jurisprudência internacional dos direitos do homem)», JC, n.º 4, 2004, pp. 3 ss.

(500) A este propósito, seguimos o raciocínio de O. DUGRIP, «L'applicabilité de l'article 6...», cit., pp. 348 ss.; J. P. CÉRÉ, «L'article 6 de la Convention...», cit., pp. 869 ss.

(501) Neste sentido, J. JORDA, «Le délai raisonnable et le droit disciplinaire de la fonction publique», AJDA, 2002, pp. 13 ss.

que, neste domínio, as sanções não se traduzem em penas privativas de liberdade, a tendência é para excluir esses litígios relativos ao contencioso disciplinar da função pública da aplicação do artigo 6.º da CEDH. Ainda assim, mais recentemente, após a jurisprudência *Pellegrin c. France/1999*, o Tribunal veio aplicá-lo num determinado tipo de matérias ao contencioso da função pública, alterando a sua jurisprudência anterior. Todavia, de um modo geral, as sanções administrativas aplicadas tanto no âmbito das contra-ordenações, traduzidas na aplicação de coima (incluindo penas acessórias) (caso *Deweert/1980*), como as «contravenções administrativas» (caso *Öztürk/1984*) têm integrado o conceito de «matéria penal» e, por isso, os processos em que se dirimem os litígios referentes a essas matérias têm sido sujeitos à aplicação das garantias do artigo 6.º (casos *Lutz/1986* e *Öztürk/1984*)⁽⁵⁰²⁾. Na realidade, os órgãos da Convenção, fazendo aplicação dos critérios clássicos de «matéria penal», consideram que algumas sanções por infracção ao Código da Estrada preenchem o texto da Convenção no que respeita à sua qualificação como sanção penal, no sentido do artigo 6.º, § 1 (caso *Malige c. França/1998* e caso *Escoubet c. França/1999*), o mesmo acontecendo com os crimes fiscais («pénalités fiscales») (caso *J. J. c. Países Baixos/1998*) e as multas por contravenção à ordem pública, uma vez que o carácter geral da norma infringida e a finalidade preventiva e repressiva das sanções (caso *Kadubec c. Eslováquia/1998*) denunciam a sua natureza criminal⁽⁵⁰³⁾.

Enfim, neste contexto, cumpre, pois, sintetizar, dizendo que os órgãos da Convenção têm vindo a considerar que uma parte significativa do contencioso administrativo entra no campo de aplicação do artigo 6.º da CEDH, seja a título da «determinação de direitos e obrigações de carácter civil», seja a título de «matéria penal». E a técnica das «noções autónomas», muito ensaiada no campo do direito ao processo equitativo, tem vindo a permitir a submissão de contencioso administrativo ao artigo 6.º da CEDH, sendo certo que desta evolução da corrente jurisprudencial dos órgãos da Convenção conta-se ainda a sujeição crescente do contencioso constitucional às garantias do processo equitativo⁽⁵⁰⁴⁾. A posição sufragada pelos órgãos de Estrasburgo de negar a aplicação do artigo 6.º da Convenção — *maxime* a garantia à justiça em prazo razoável — ao contencioso constitucional, afirmada nos casos *Buch-*

⁽⁵⁰²⁾ Neste sentido, vd. O. DUGRIP, «L'applicabilité de l'article 6...», cit., p. 351.

⁽⁵⁰³⁾ Neste sentido, vd. H. LABAYLE/F. SUDRE, «Jurisprudence de la Cour européenne...», cit., p. 794.

⁽⁵⁰⁴⁾ Neste sentido, vd. G. MALINVERNI, «Droit à un procès équitable et cours constitutionnelles», RUDH, 1994, pp. 391 ss.; G. COHEN-JONATHAN, «Justice constitutionnelle et Convention européenne des droits de l'homme», rfdc, 1994, pp. 175 ss.

holz/1981 e Sramek/1984, foi definitivamente invertida no caso *Deumeland/1986*, tendo sido posteriormente seguida nos processos *Poiss/1987*, *Ruiz-Mateos/1993* e *Gast e Popp/2000* ⁽⁵⁰⁵⁾. A extensão operada pelo TEDH contemplou inclusive algumas jurisdições administrativas especializadas, como a do contencioso do Tribunal de Contas italiano (casos *Giancarlo Lombardi/1992* e *Finasotti/1998*). Contudo, a jurisprudência de Estrasburgo continua a afastar as garantias do processo equitativo, previstas no artigo 6.º, de certos domínios clássicos das relações jurídico-administrativas — como as referentes à atribuição de asilo político, expulsão de estrangeiros e a maior parte dos litígios que opõem a Administração aos seus funcionários detentores de poderes de autoridade pública. E isso demonstra a falta de equidade — e talvez a «falta de lógica?» ⁽⁵⁰⁶⁾ — na interpretação e na aplicação do artigo 6.º da CEDH. O desejável seria, pois, que, no plano do direito internacional, o TEDH se afastasse da tendência «dois pesos e duas medidas» ⁽⁵⁰⁷⁾ e que todo o contencioso administrativo se conformasse com esta norma e assegurasse aos particulares a plenitude das garantias que ela prevê ⁽⁵⁰⁸⁾.

2. O Direito Comunitário e a jurisprudência do TJCE

Também o TJ tem desempenhado um papel determinante no sentido da afirmação do direito ao processo efectivo. É precisamente neste contexto que a garantia à tutela jurisdicional de urgência se tem vindo a afirmar no domínio europeu ⁽⁵⁰⁹⁾. Na realidade, num primeiro momento, este princípio sur-

⁽⁵⁰⁵⁾ O caso *Gast e Popp c. Alemanha* foi resolvido pelo acórdão de 25 de Fevereiro, de 2000, e nele afirmou-se o seguinte: «Segundo a jurisprudência do TEDH, entende-se que a duração da instância no tribunal Constitucional deve ser considerada na apreciação da razoabilidade do prazo sempre que a sua decisão tenha consequências sobre o método como o caso concreto vai ser julgado nos tribunais comuns, inserindo-se, nessa medida, a instância no tribunal Constitucional no âmbito de aplicação do artigo 6.º, § 1, da Convenção. (...). Sendo certo que [a obrigação de julgar em prazo razoável] também se aplica aos tribunais constitucionais, o seu conteúdo assume contornos diferentes comparativamente a um tribunal comum, já que o seu papel de guardião da Constituição obriga-o, por vezes, a dar prevalência a outras questões, em função da sua natureza e da respectiva relevância económico-social, podendo não atender, por isso, meramente à ordem cronológica de entrada dos recursos. O prejuízo resultante para os requerentes da respectiva condenação não assumia gravidade tal que impusesse ao tribunal constitucional o dever de julgar aqueles recursos como casos de máxima urgência, com prevalência sobre todos os demais».

⁽⁵⁰⁶⁾ Neste sentido, F. SUDRE, «À propos...», cit., p. 1366.

⁽⁵⁰⁷⁾ Neste sentido, H. LABAYLE/F. SUDRE, «Jurisprudence de la Cour européenne...», cit., p. 1105.

⁽⁵⁰⁸⁾ Neste sentido, F. MATSHER, «La jurisprudence...», cit., p. 468.

⁽⁵⁰⁹⁾ A este propósito, vd. DARIA DE PRETIS, «La tutela giurisdizionale...», cit., pp. 683 ss.

giu intimamente relacionado com a necessidade da afirmação da eficácia e aplicabilidade uniforme da ordem jurídica comunitária, sendo que a posição jurisprudencial revelava uma maior preocupação com o efeito útil do direito, a afirmação do seu primado e a aplicação efectiva e uniforme dessa ordem jurídica do que com a protecção dos cidadãos e dos operadores económicos. A garantia à tutela jurisdicional efectiva só vem a adquirir uma dignidade constitucional europeia mais recentemente, quando o TJ o passou a associar ao direito de os cidadãos europeus obterem a protecção jurisdicional plena e efectiva das suas pretensões jurídicas subjectivas, conferidas aos cidadãos pelo direito comunitário. É sobretudo neste momento que se vai evidenciando um regime jurídico europeu de tutela jurisdicional da urgência — um regime jurídico que começou por ter fonte jurisprudencial, mas que tem também fonte legislativa.

Assim, na década de oitenta, a convergência surgiu mais fortemente por orientação jurisprudencial. E, no que se refere a tal perspectiva, não há dúvida de que o papel determinante no surgimento deste direito processual administrativo europeu, e especialmente do *direito europeu do contencioso administrativo de urgência*, tem cabido ao Tribunal de Justiça ⁽⁵¹⁰⁾. Como é comumente reconhecido, deste direito europeu faz parte o direito à tutela judicial efectiva, incluindo a dimensão de direito à tutela de urgência que aquele encerra, mesmo quando o direito nacional o não contemple, o princípio da plenitude da competência do juiz nacional na sua qualidade de juiz comunitário que deve valer tanto para os pedidos de urgência (*incluindo pedidos cautelares*) como para os demais e que vai ao ponto de possibilitar aos tribunais nacionais a criação de novos meios processuais quando eles não existam (ou sejam insuficientes) ou quando, existindo, sejam contrários ao direito comunitário (2.1).

Mas a convergência acontece também por via legislativa — e tal acontece, principalmente, a partir de 1986, com o *Acto Único Europeu*, *ex vi* da introdução no Tratado do artigo 100.º-A (hoje artigo 95.º). Enfim, não obstante as autoridades nacionais possuírem competência própria e autónoma para fixar as regras de organização e funcionamento das jurisdições nacionais (princípio da autonomia processual), a verdade é que por força do primado

⁽⁵¹⁰⁾ Sobre o papel do TJ na afirmação do princípio da tutela jurisdicional efectiva, vd. M. P. CHITI, «L'effettività della tutela...», cit., pp. 74 ss.; RICARDO SOUSA DA CUNHA, «Sensibilidade à diferença no acesso ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», Separata da TI, 1.º Semestre de 2006, n.º 21, pp. 173 ss.; G. MORBIDELLI, «Corte Costituzionale e Corti Europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)», DPA (2), 2006, pp. 286 ss.

do direito comunitário, que obriga à desaplicação de qualquer norma nacional que colida com aquele direito, e por força dos princípios da paridade jurisdicional e da efectividade da tutela dos direitos dos particulares de matriz comunitária, isto é, dos direitos conferidos pelo direito comunitário aos particulares, a convergência tem vindo na realidade a acontecer. E isto porque os sistemas nacionais, apesar da autonomia, não poderiam consentir na vigência de normas que proporcionassem uma tutela menor ou insuficiente de tais direitos subjectivos, em comparação com a tutela jurisdicional exigida a título comunitário, ou que traduzissem a perda de eficácia deste. Ora, é precisamente no domínio do direito europeu da contratação pública que se encontra uma constelação de princípios e de normas disciplinadoras do contencioso da urgência, de matriz legislativa. Aliás, é neste contexto do *ius commune* europeu em matéria do contencioso administrativo, e mais especificamente no contexto do fenómeno de surgimento de um direito processual urgente europeu, *maxime* no quadro das Directivas n.º 89/665/CEE e n.º 92/13/CEE, que veio a ser criado no CPTA um novo contencioso de urgência em matéria pré-contratual. A Directiva n.º 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.12.2007, que altera as directivas citadas, no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos, só vem reforçar a existência da categoria da tutela de urgência de matriz europeia (2.2.).

2.1. Com efeito, o TJ já afirmou múltiplas vezes que os tribunais dos Estados-membros, no julgamento dos litígios em que seja alegada a violação do Direito Europeu, estão obrigados a providenciar o decretamento de todas as providências cautelares — positivas ou negativas — que sejam necessárias e adequadas para salvaguardar o efeito útil das decisões. Neste contexto processual do fenómeno da *europaização* (e de fonte jurisprudencial), são várias as decisões do TJ através das quais se afirmou a existência do direito à tutela jurisdicional efectiva e da garantia à protecção das situações de urgência neste quadro jurídico. As decisões ditadas no caso *Factortame* (acórdão do TJ de 19.06.1990, processo 123/89), no caso *Tafelwein* (acórdão do TJ de 10.06.1990), no caso *Zuckerfabrik* (acórdão do TJ de 21.02.1991, processos C-143/88 e C-92/89), no caso *Atlanta* (acórdão do TJ de 09.11.1995, processo C-465/93), no caso *Antonissen* (Decisão do Presidente do TJ de 29.01.1997) e no caso *Krüger* (acórdão do TJ de 17.07.1997) são disso prova (2.1.1.).

A concessão de providências cautelares pelos tribunais nacionais dos Estados-membros para protecção provisória dos direitos subjectivos baseados no Direito comunitário tem vindo a constituir um domínio (e instrumento) privilegiado da europeização do direito administrativo, e dos mais destemidos, que deve a sua criação à jurisprudência do Tribunal de Justiça e que tem

vindo a acontecer mesmo debaixo dos nossos olhos, há mais de uma dezena de anos. Da influência directa e indirecta que foi exercendo sobre o legislador nacional e sobre o juiz administrativo dos Estados-membros foi resultando a convergência que hoje é bem visível em matéria de tutela de urgência prevista nos diversos códigos de processo administrativo que foram sendo objecto de reformas. Na verdade, não é fruto do mero acaso que as reformas introduzidas recentemente na lei processual administrativa espanhola (1998), francesa (2000), italiana (2000) e portuguesa (2002/2003), todas apresentem como denominador comum a introdução de uma disciplina especial para a tutela jurisdicional de urgência. E tal deve-se, sem dúvida, ao direito europeu ⁽⁵¹¹⁾ (2.1.2).

2.1.1. Mais ou menos, há cerca dez anos, quando iniciávamos o estudo da tutela de urgência no direito processual administrativo europeu verificámos que, tendo por pano de fundo a aplicação do princípio da tutela jurisdicional efectiva, se processava, «mesmo debaixo dos nossos olhos» ⁽⁵¹²⁾, para invocarmos de novo a feliz expressão de GARCÍA DE ENTERRÍA, a criação de um direito processual urgente europeu. Tudo se passava como se estivéssemos a assistir em directo ao surgimento e desenvolvimento de um fenómeno, que tinha como principal propulsor o TJ. De facto, tal fenómeno, que na altura se denominava (a medo) de «europeização» ⁽⁵¹³⁾, incidia também (*rectius*, incidia fundamentalmente) sobre a tutela jurisdicional de urgência, *maxime* da tutela cautelar, para invocar a terminologia latina, ou tutela de urgência provisória, de acordo com os vocábulos francês e alemão. E, durante um período de tempo, fomos assistindo à consolidação da afirmação de que o direito processual europeu incluía a garantia à tutela de urgência (provisória), enquanto garantia co-natural ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, sendo certo que tal princípio foi sendo evolutivamente interpretado, primeiro, no sentido de garantir o efeito útil do direito comunitário (isto é, a sua plena eficácia e aplicação em todo o espaço comunitário), e, depois, no sentido de garantir aos cidadãos europeus a tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos, isto é,

⁽⁵¹¹⁾ Neste sentido, K.-P. SOMMERMANN, «Européanisation et transformation de la justice administrative en Europe...», cit., pp. 19 ss.

⁽⁵¹²⁾ Invocamos uma expressão de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Perspectivas de las justicias administrativas...», cit., p. 14.

⁽⁵¹³⁾ Sobre este conceito, entre outros, vd. J. SCHWARZE, «L'eupéanisation du droit administratif national...», cit., esp. p. 20 e pp. 812 ss.; J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, 1995, pp. 251 ss., esp. pp. 434 ss.; FAUSTO QUADROS, *A nova dimensão...*, cit., esp. pp. 22 a 26; PAULO OTERO, «Legalidade e Administração Pública...», cit., pp. 457 ss., esp. pp. 484 a 487.

dos direitos que lhes fossem reconhecidos pela ordem jurídica comunitária. E, assim, independentemente da ordem jurisdicional competente para realizar a protecção jurisdicional do direito comunitário no caso concreto, quer fossem os tribunais nacionais as entidades competentes, enquanto tribunais comuns do sistema judicial europeu ⁽⁵¹⁴⁾, quer fossem os tribunais comunitários (de acordo com os artigos 242.º e 243.º do Tratado) ⁽⁵¹⁵⁾, o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva foi incluindo a garantia à protecção de urgência. De um modo ou de outro, os critérios a seguir deveriam ser aqueles que escrupulosamente foram sendo ditados, para o efeito, pelo Tribunal de Justiça ⁽⁵¹⁶⁾.

Com efeito, a clássica jurisprudência do TJ que normalmente é invocada a este propósito — que foi versando sobre o direito de acesso à tutela jurisdicional efectiva e a garantia à emissão de medidas cautelares no seio do ordenamento jurídico comunitário e que tivemos oportunidade de estudar fundamentalmente nos processos *Factortame*, *Zuckerfabrik*, *Atlanta* e *Krüger* — foi revelando a existência de uma (cada vez mais apertada) relação de *cumplicidade* entre o juiz comunitário e o juiz nacional, no desempenho da defesa da eficácia da ordem jurídica comunitária. Contudo, esta função, que foi sendo gradualmente acentuada, ganhou, a determinado momento, um sentido diferente ⁽⁵¹⁷⁾. Assim, se

⁽⁵¹⁴⁾ Vd. D. SIMON, «Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses?», in: *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, 1991, p. 492.

⁽⁵¹⁵⁾ Sobre este tema, vd. a nossa *Introdução...*, cit., pp. 137 ss. E, para além de outra bibliografia lá citada, vd. ainda sobre este tema, G. BORCHARDT, «The award of interim measures by the european court of law», CMLR (22), 1985, pp. 203 a 236; J. RIDEAU/F. PICOD, «Les mesures provisoires ordonnées par la juridiction communautaire», JourTDE (n.º 20), 1995, pp. 121 ss.

⁽⁵¹⁶⁾ A este propósito, vd. DARIA DE PRETIS, «La tutela giurisdizionale...», cit., pp. 683 ss.; L. QUERZOLA, «Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario», RTDPC, 2001, pp. 501 ss.; ELENA MERLIN, «Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo», RDProc., n.º 3, 2002, pp. 759 ss.; O. BARBERO/C. A. CARBONE, «Cronica sobre aspectos de la tutela de urgência cautelar y anticipatoria en el derecho europeo», *Medidas cautelares*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, pp. 453 a 468; J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «El juez nacional como garante de los derechos en el ambito comunitario», RVAP (65), 2003, pp. 205 ss.; S. ORTIZ HERRERA, «Justicia cautelar comunitaria: contenido y condiciones de fondo», RPJ (n.º 54), 1999, pp. 27 ss.; C. MORVIDUCCI, «*Fumus boni iuris* e misure cautelari nel processo comunitario», *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, pp. 705 ss.; D. M. TOMASEVIC, «L'usage du référé devant la Cour de justice à l'encontre des États membres de la Communauté européenne», RMUeu, 4/1999, pp. 25 ss.

⁽⁵¹⁷⁾ Para um quadro geral desta relação, vd. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Perspectivas de las justicias administrativas...», cit., pp. 401 a 411; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, pp. 737 ss.; R. JOLIET, «Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire», RTDE, 1992, pp. 253 ss.; P. MENGOSZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997, pp. 221 ss.; M. SZYSZCZAK, «Making Europe more relevant to its citizens: Effective judicial process», ELR (21), 1996, pp. 351 ss.

no primeiro caso, no caso *Factortame* (acórdão do TJ de 19.06.1990), o juiz comunitário determinou que a aplicação de medidas provisórias era um instrumento a utilizar para alcançar um sistema de aplicação uniforme do direito comunitário, nos dois últimos casos apresentados, mormente no caso *Zuckerfabrik e Atlanta*, o TJ esclareceu que estes instrumentos seriam necessários no seio da ordem jurídica comunitária para concretizar o princípio da protecção jurisdicional efectiva e uniforme dos direitos dos particulares⁽⁵¹⁸⁾. Neste contexto, é importante perceber que a jurisprudência do TJ foi autonomizando esta dimensão à tutela jurisdicional de urgência. Com efeito, reforçando a ideia, o princípio da tutela jurisdicional efectiva deixou de ser compreendido no contexto da preocupação de defesa do efeito útil do direito comunitário e foi assumindo uma consistência própria e autónoma, relacionada com a protecção jurisdicional das pretensões jurídicas substantivas, envolvidas em *situação-de-urgência*, dos cidadãos europeus, manifestando o TJ uma clara preocupação com a realização urgente do direito material (europeu ou nacional de matriz europeia) em causa ameaçado⁽⁵¹⁹⁾.

Vejamos melhor. Assim, cumpre dizer que na decisão referente ao caso «*Factortame*» o princípio da efectividade da tutela jurisdicional foi invocado num perfil meramente instrumental, uma vez que o objectivo principal seria garantir a efectividade das normas de direito comunitário⁽⁵²⁰⁾. E, por isso, o TJ determinou que as normas nacionais que constituíam obstáculo ao decréto de uma *interim relief* contra a Coroa (mais propriamente de adopção de uma medida cautelar de suspensão da eficácia de disposições legais britâ-

⁽⁵¹⁸⁾ A este propósito, e sobre a identificação destes acórdãos, sobre o seu conteúdo e sobre a doutrina que foi sendo publicada em torno deles, remetemos para a nossa *Introdução...*, cit., esp. pp. 185 ss.

⁽⁵¹⁹⁾ A este respeito, remetemos para a nossa *Introdução...*, cit., pp. 198 e 199. E sobre esta evolução, remetemos também para D. SIMON/A. BARAV, «Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales», rMC (n.º 340), 1990, pp. 591 ss.; R. MEDHI, «Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence», RTDE, 1996, pp. 77 ss.; P. OLIVER, «Interim measures: Some recent developments», CMLR (29), 1992, pp. 7 ss.; H.-W. REGELING/A. MIDDEKE/M. GELLERMANN, *Rechtsschutz in Europäischen Union*, München, 1994, pp. 556 ss.; J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire...*, cit., esp. pp. 217 ss.; R. JOLIET, «Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire», RDE (2), 1992, pp. 253 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre la posibilidad...», cit., pp. 565 ss.; R. CARANTA, «L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva 'comunitarizzazione' delle regole processuali nazionali», FA, 1996, pp. 2554 a 2564, esp. p. 2559.

⁽⁵²⁰⁾ Neste sentido, vd. R. MEDHI, «Le droit communautaire...», cit., pp. 85 ss.; M. SZYZCZAK, «Making Europe...», cit., pp. 351 ss.; M. RUFFERT, «Rights and remedies in European Community Law: remedies and procedures», CMLR (34), 1997, pp. 307 ss.; W. VAN GERVEN, «Of rights, remedies and procedures», CMLR (37), 2000, pp. 501 ss.; J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «El juez nacional...», cit., pp. 205 ss.

nicas contrárias ao direito comunitário) deveriam ser afastadas pelo juiz nacional, já que ao não permitirem a aplicação de tal figura processual contra a Coroa, punham em causa a eficácia do direito comunitário. E, assim, considerou o TJ que, devendo o juiz nacional aplicar o direito processual de urgência europeu, deveria decretar medidas provisórias, mesmo que o seu sistema nacional as não previsse, uma vez que a eficácia e a uniformidade na aplicação do direito comunitário assim o exigiriam. Nos casos «*Zuckerfabrik*» e «*Atlanta*», o TJ veio estender o conteúdo da garantia europeia à tutela cautelar e, por conseguinte, veio alargar também tanto a garantia dos cidadãos europeus à tutela judicial efectiva como a correspondente obrigação do juiz nacional. Neste contexto, ganhando relevo as posições subjectivas dos particulares no momento do decretamento da tutela jurisdicional de urgência, a orientação jurisprudencial veio desenvolver-se em torno da protecção efectiva dos direitos subjectivos que são atribuídos pelo direito comunitário aos cidadãos europeus, tendo-se afastado, consequentemente, da preocupação objectiva, que se deveria identificar com a garantia objectiva da legalidade da ordem jurídica comunitária.

E desta orientação do TJ resultou claramente a habilitação dos juízes nacionais para decretar qualquer providência que se viesse a revelar adequada à *situação-de-urgência* em concreto existente, incluindo uma providência de natureza antecipatória ou positiva, isto é, uma providência que se pudesse traduzir numa antecipação provisória do conteúdo de uma sentença, incluindo a intimação positiva das entidades administrativas para a prática de prestações. Na verdade, no que concerne ao aspecto relacionado com o conteúdo das medidas de urgência e com os poderes do juiz de urgência, se o acórdão que versou sobre o caso *Zuckerfabrik* não resolveu todas as questões suscitadas, já o acórdão que versou sobre o «caso das bananas» esclareceu que, naquele caso, enquanto se discutia a questão da invalidade do acto administrativo nacional de aplicação do regulamento comunitário e se suscitava, a título prejudicial, ao TJ os esclarecimentos necessários sobre a validade do regulamento, a *Atlanta* tinha direito a, provisoriamente, beneficiar de uma medida de urgência provisória, nos termos da qual se deveria intimar a entidade pública em causa a emitir um certificado suplementar de importação de bananas de países terceiros ⁽⁵²¹⁾.

⁽⁵²¹⁾ Sobre este processo, mormente a propósito dos factos relativos ao caso e ao conteúdo do acórdão, remetemos para a nossa *Introdução...*, cit., pp. 198 e 199. E sobre este tema, que atende à evolução da jurisprudência do TJ, desde o caso *Factortame* até ao caso *Zuckerfabrik*, vd. D. SIMON/A. BARAV, «Le droit communautaire...», cit., pp. 591 ss.; R. MEDHI, «Le droit communautaire...», cit., pp. 77 ss.; P. OLIVER, «Interim measures...», cit., pp. 7 ss.; J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire...*, cit., esp. pp. 217 ss.; R. JOLIET, «Protection juridictionnelle provisoire...», cit., 1992, pp. 253 ss. E, quanto à posição cautelosa do TJCE no caso *Atlanta*, vd. R. CARANTA, «L'ampliamento...», cit., pp. 2554 a 2564.

De resto, não poderia deixar de se reconhecer que desta orientação jurisprudencial pudesse vir a resultar a colisão de valores distintos, uma vez que o princípio da tutela jurisdicional efectiva das posições subjectivas dos particulares e o do efeito útil do direito comunitário poderiam vir a mostrar-se de difícil harmonização no futuro. Ora, foi exactamente neste sentido que se compreendeu nessa altura a atitude cautelosa que o TJ adoptou no caso «Atlanta» e a atitude rígida no momento da ponderação de interesses que o TJ veio a adoptar em diante (designadamente, no caso *Krüger*)⁽⁵²²⁾. E esta atitude do TJ foi no sentido de exigir uma operação cuidadosa de «balanço de interesses» opostos, nos termos da qual os interesses da Comunidade deveriam ficar sempre a salvo. Assim, nessa ponderação deveriam passar a ser contemplados os interesses privados e interesses públicos da Comunidade, isto é, o interesse *ex parte actoris* e os interesses de terceiros, bem como os interesses dos Estados membros e os dos seus cidadãos⁽⁵²³⁾.

Assistia-se, pois, ao surgimento de um direito processual europeu de urgência, que vinha sendo «pedagogicamente»⁽⁵²⁴⁾ pormenorizado, sendo certo que ele abrangia o tipo de pressupostos de que deveria depender o decretamento das medidas provisórias e a metodologia de apreciação dos pressupostos. Neste contexto, o TJCE foi fixando jurisprudência em torno dos conceitos de urgência (na versão de *periculum in mora*), de aparência de direito (ou *fumus boni iuris*) e no da ponderação de interesses, designadamente, da ponderação de interesses da Comunidade, que deveriam ser tidos em conta pelo juiz nacional quando, na sequência do mecanismo do reenvio a título prejudicial, este é chamado a defender os direitos subjectivos atribuídos pelo ordenamento comunitário aos seus nacionais. Na verdade, revelados no caso *Factortame*, confirmados no caso *Zuckerfabrik*, e, depois, acentuados no caso *Atlanta* e *Krüger*, esses pressupostos ou condições de procedência da tutela de urgência seriam três: o *fumus boni iuris*, para invocar a terminologia latina, a urgência e a ponderação de interesses. No que concerne ao primeiro aspecto, o TJ veio dizer que o tribunal nacional só poderia decretar a medida de urgência se tivesse sérias dúvidas sobre a validade do acto comunitário e se procedesse ao reenvio a título prejudicial, para o Tribunal, daquelas questões suscitadas. Depois, quanto à urgência, o TJ considerou que esta se deveria avaliar em função do risco de o particular vir a sofrer um «prejuízo grave e irreparável», sendo que tal ameaça deveria configurar uma situação de «iminên-

(522) Neste sentido, R. CARANTA, «L'ampliamento...», cit., p. 2560.

(523) Sobre este assunto, vd. J.-P. MARKUS, «Sursis à exécution et intérêt général», AJDA, 1996, pp. 251 ss.

(524) Expressão de M. FROMONT, «La convergence des systèmes...», cit., p. 129.

cia», isto é, deveria ser «susceptível de se concretizar antes de o TJ se pronunciar sobre a validade do acto comunitário». Finalmente, o TJ considerou que, em todo o caso, «deveriam ser tomados em devida conta os interesses da Comunidade», sendo que o Tribunal esclareceu que «a ponderação de interesses obrigaria o órgão jurisdicional a verificar se o acto comunitário em causa ficaria privado de efeito útil, se não fosse directamente aplicado». Ou seja, por outras palavras, o TJ esclareceu que deveria ser considerada a repercussão que o decretamento da medida de urgência provisória poderia vir a ter no contexto comunitário, devendo o juiz nacional ponderar os interesses da Comunidade e os interesses do requerente ⁽⁵²⁵⁾.

Assim, de acordo com as suas estruturas jurídicas, o juiz nacional foi exercendo este «poder-dever» ⁽⁵²⁶⁾, resultante do método adoptado pelo TJ desde o caso *Factortame*, de «*l'investiture directe*» ⁽⁵²⁷⁾ ou de habilitação imediata do juiz nacional para ordenar medidas provisórias necessárias a salvaguardar os direitos atribuídos pelo direito comunitário aos seus nacionais, seguindo sempre a «*Vereinlichugsrechtsprechung*» do TJ e os critérios de uniformidade nela estabelecidos. Ora, daqui foi resultando a tal *comunitarização* ou «*comunanza*» ⁽⁵²⁸⁾ do juízo cautelar e uma tendencial homogeneidade ⁽⁵²⁹⁾ dos critérios de decretação da tutela cautelar em todo o espaço europeu. E ao seguirem os *europarechtlichen Standards* em matéria de tutela provisória, que são também garantias da aplicação uniforme e efectiva dessa ordem jurídica em todo o espaço europeu, os tribunais de cada Estado membro foram, pois, concretizando este fenómeno de aproximação jurídica e foram desenvolvendo este *ius commune europeu* também em matéria de tutela jurisdicional de urgência provisória no âmbito de jurisdição administrativa, acentuando, pois, mais uma faceta da «europeização do direito administrativo» ⁽⁵³⁰⁾.

⁽⁵²⁵⁾ A este respeito, remetemos para a nossa *Introdução...*, cit., pp. 198 e 199. E remetemos para R. CARANTA, «L'ampliamento...», cit., pp. 2554 ss.

⁽⁵²⁶⁾ Para mais desenvolvimentos, a propósito das relações existentes entre o juiz nacional e o direito comunitário, vd. A. BARAV, «la plénitude de compétence du juge national et sa qualité de juge communautaire», in: *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, 1991.

⁽⁵²⁷⁾ Expressão de R. MEDHI, «Le droit communautaire...», cit., p. 91.

⁽⁵²⁸⁾ Neste sentido, R. CARANTA, «L'ampliamento...», cit., p. 2561.

⁽⁵²⁹⁾ Sobre este tema, vd. M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo*, Madrid, 1999, pp. 59 a 115, esp. pp. 113 ss.

⁽⁵³⁰⁾ Confirmando esta cumplicidade entre as diversas ordens jurídicas internas dos Estados e a da Comunidade, em termos substantivos e processuais, bem como a influência entre as ordens jurídicas individualmente consideradas, Y. CRIPPS («Some Effects of European Law on English Administrative Law», *Global Legal Studies II*, <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol2/cripps.html>, pp. 1 e 2, esp. p. 8) escreve o seguinte: «particularly since the United King-

A necessidade de em cada Estado estar previsto um modelo cautelar assente em providências cautelares atípicas e o reconhecimento de uma *obrigação* de o juiz administrativo nacional decretar medidas de conteúdo antecipatório foi, contudo, revelando a existência de muitas fragilidades em contenciosos administrativos nacionais, sendo certo que tais fragilidades não poderiam ser invocadas pelo juiz nacional para não decretar a tutela de urgência adequada⁽⁵³¹⁾. E, portanto, colocadas a descoberto, algumas das falhas dos sistemas domésticos de tutela de urgência, elas foram sendo colmatadas, em primeiro lugar pelos próprios juízes e depois pelos legisladores nacionais — concretizando, pouco a pouco, a efectiva aproximação dos regimes nacionais de tutela de urgência no espaço europeu. E também neste aspecto se pode verificar que a jurisprudência europeia em matéria de tutela de urgência não foi apenas servindo de orientação no momento em que os tribunais nacionais procediam à interpretação das respectivas normas internas que consagrarão o direito à tutela jurisdicional efectiva dos seus cidadãos.

Na verdade, isso de facto também aconteceu. E aconteceu, designadamente, a propósito do regime de suspensão automática dos actos administrativos impugnados, previsto na lei processual administrativa alemã⁽⁵³²⁾. De facto, já a partir de 1990, e no que respeita ao aresto proferido a propósito do caso *Tafelweindestillation*, ficou claro que, parafraseando SÉRVULO CORREIA, o § 80 da VwGO estaria em «rota de colisão»⁽⁵³³⁾, com o direito comunitário. E certo sector da doutrina alemã, temendo uma perda da garantia cautelar quando os tribunais alemães são chamados a aplicar o direito europeu e receando o *esvaziamento* de uma figura que é apanágio do modelo jurí-

dom joined the European Community, English courts have been increasingly inclined to look not only at the law of the Community, which, depending on the subject matter of the case, may or may not bind them, but also at the national domestic laws of individual Member States such as France and Germany». Refere ainda o Autor que «even where Community influences are not direct, the development of English common law has been accelerated and shaped by the very existence of a body of Community law, itself influenced by national European laws and even earlier set of pan-European legal principles».

⁽⁵³¹⁾ A este propósito, vd. R. CARANTA («L'ampliamento...», cit., p. 2562), que refere que, a partir deste momento, o TJCE faz abandonar o modelo tradicional de justiça administrativa, conferindo um alargamento da tutela cautelar aos particulares no âmbito do direito comunitário, sendo que «o juiz administrativo italiano não poderá, nas questões relativas ao direito comunitário, negar a adopção de providências cautelares diferentes da suspensão da eficácia de actos». Sobre este assunto, vd. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el Derecho Comunitario: la Sentencia Zuckerfabrik del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991», publ. in: REDA, 72, 1991, pp. 537 ss., e in: *La batalla...*, cit., pp. 131 ss.

⁽⁵³²⁾ Sobre esta questão, S. KADELBACH, «Diritto comunitario...», cit., pp. 370 e 371.

⁽⁵³³⁾ SÉRVULO CORREIA, *Direito do contencioso...*, cit., pp. 115 ss., esp. pp. 120 e 121.

dico-publicísta alemão, veio manifestar algum desconforto perante a orientação jurisprudencial europeia. Afinal, o regime alemão de tutela jurisdicional administrativa provisória consta dos §§ 80 e 123 da VwGO e tem-se em conta que o próprio regime do efeito suspensivo automático, que aquele também acolhe, traduz uma dimensão do direito à tutela jurisdicional efectiva, constante do artigo 19.º, 4, da GG⁽⁵³⁴⁾. Na verdade, a regra do efeito suspensivo automático pode embater de frente com a lógica europeia de decretamento de tutela cautelar, visto que a jurisprudência comunitária tem entendido que só pode haver suspensão das decisões nacionais se existir dúvidas séria ou fundadas sobre a validade de um acto comunitário posto em crise e risco de prejuízos graves para os interesses do requerente, a que acresce a ponderação de interesses públicos da comunidade. Seguindo esta lógica, não haveria sombra de dúvida de que tal regime nacional deveria passar a ser interpretado e aplicado em harmonia com esta orientação, devendo entender-se que o efeito suspensivo automático decorrente da mera impugnação jurisdicional de uma decisão administrativa deveria ceder e deixar de funcionar sempre que em causa estivesse matéria disciplinada pelo direito comunitário⁽⁵³⁵⁾. Ora, a ser assim, não restaria outra opção ao juiz administrativo alemão que não seja considerar a jurisprudência comunitária e sustentar o efeito suspensivo e ordenar a imediata execução das decisões racionais postas em crise, sempre que em causa estejam particulares interesses públicos. Assim, como se de uma excepção consagrada no § 80, II, 4,

⁽⁵³⁴⁾ A este propósito, realçam-se as posições de W. SANDNER, «Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Gemeinschaftsrecht vor nationalen Gerichten», DVBl, 1998, pp. 262 ss., esp. pp. 265 e 266 ss.; T. SCHMITT, *Richtervorlagen in Eilverfahren? (Ein Beitrag zum Verhältnis verfassungsgerichtlicher konkreter Normenkontrollverfahren und “Vorabentscheidungsverfahren” nach Artikel 177 EG-Vertrag zu Verfahren des vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nach VwGO)*, 1997, Berlin; Th. V. DANWITZ, «Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht (Zu den europarechtlichen Vorgaben für das nationale Verwaltungs- und Gerichtsverfahrensrecht)», DVBl, 1998, pp. 421 ss., esp. pp. 426 ss. Por exemplo, ainda a propósito das decisões *Zuckerfabrick/Atlanta*, manifestaram a posição descrita no texto, F. SCHOCH, «Die Europäisierung des vorläufigen Rechtsschutzes», DVBl, 1997, pp. 289 ss., esp. p. 295; e R. WÄGENBAUR, «Die jüngere Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes», EuZW, 1996, pp. 327 ss.

⁽⁵³⁵⁾ A este propósito, S. KADELBACH («Diritto comunitario...», cit., p. 368, esp. pp. 371 e 372) considera que a orientação comunitária, que vai no sentido oposto ao reconhecimento do efeito suspensivo automático dos recursos impugnatórios de actos administrativos, constitui, a par do § 80, II VwGO, uma excepção *legítima* à regra do efeito suspensivo automático, a final em causa está o interesse público comunitário que poderá exigir a imediata execução das decisões nacionais impugnadas. Sobre este assunto, vd. F. N. KRUMBACHER, *Vorläufiger Rechtsschutz vor nationalen Gerichten in Fällen mit Gemeinschaftsrechtsbezug*, Peter Lang, 1998, pp. 178 a 182; F. WIEHE, *Effektiver vorläufiger Rechtsschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht*, Rasch, 2000, pp. 173 a 179.

da VwGo se trate, deve passar a entender-se que há interesses públicos ou privados relevantes que se opõem ao efeito suspensivo automático e exigem a imediata execução da decisão administrativa, tanto mais que, neste caso, se pode entender que o interesse público particularmente relevante decorre da própria necessidade de cumprir uniformemente o direito comunitário.

Enfim, a influência do direito europeu de urgência foi determinante naquelas situações de «esquizofrenia jurídica» — como lhe chama GARCÍA DE ENTERRÍA ⁽⁵³⁶⁾ — isto é, situações de vazio e insuficiência em que o juiz administrativo se veria colocado por não existirem mecanismos adequados para actuar de urgência, sendo que, nesse caso, teria de actuar com dois pesos e duas medidas. Nestes casos, o juiz teria de dispor de diferentes ferramentas conforme a natureza dos direitos subjectivos a defender fosse ou não de matriz nacional ou comunitária ⁽⁵³⁷⁾. E claro, nestas situações, a influência teria de ser mais forte, uma vez que os princípios do primado e da uniformidade e da «plena justiciabilidade do direito comunitário» ⁽⁵³⁸⁾, exigiam que os regimes de tutela cautelar internos permitissem ao juiz administrativo ordenar as medidas de urgência que, em cada caso, lhe parecessem ser as mais idóneas, para proteger plena e efectivamente as posições substantivas dos particulares ⁽⁵³⁹⁾. E, em casos em relação aos quais a inexistência de mecanismos ao nível do ordenamento jurídico nacional era evidente e gravemente prejudicial e atentatório da aplicação uniforme do direito europeu, como de resto se veio a verificar mais tarde entre nós, seria necessário integrar o direito europeu nas leis processuais administrativas dos estados membros ⁽⁵⁴⁰⁾, consagrando, assim, proces-

⁽⁵³⁶⁾ GARCÍA DE ENTERRÍA, «Perspectivas de las justicias administrativas...», cit., p. 13.

⁽⁵³⁷⁾ Neste sentido, R. CARANTA, «L'ampliment...», cit., p. 2564.

⁽⁵³⁸⁾ Terminologia de FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão do Direito Administrativo...*, cit., p. 47. Também tal expressão corresponde ao princípio da garantia plena e eficaz da ordem jurídica Comunitária, ou, o mesmo será dizer, garantia a tutela judicial efectiva, uma garantia que GARCÍA DE ENTERRÍA considera ser um direito fundamental dos nacionais de cada Estado membro, sendo que, aliás, este se assume, na sua perspectiva, como «verdadero principio general del Derecho Europeo». Vd. «La sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares», REDA, 67, 1990, pp. 401 ss., trabalho reunido in: *La batalla...*, cit., p. 133.

⁽⁵³⁹⁾ Neste sentido, vd. R. MEDHI, «Le droit communautaire...», cit., p. 99; D. SIMON, «Les exigences...», cit., p. 484.

⁽⁵⁴⁰⁾ Neste sentido, vd. R. MEDHI, «Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence...», cit., p. 99; A. GIARDINA, «Provisional measures in Europe: some comparative observations», DCI, 1993, pp. 791 a 802. Todavia, faz sentido que tal processo de uniformização da protecção provisória seja levado a cabo pelo legislador. Vd., neste sentido,

sos de urgência cautelares e não cautelares ⁽⁵⁴¹⁾. É neste contexto que se compreende o sentido das reformas introduzidas recentemente nos domínios da tutela de urgência no processo administrativo em diversos sistemas europeus. E tal deve-se, sem dúvida, ao direito europeu ⁽⁵⁴²⁾. E, como se verá, em matéria de contencioso pré-contratual, relativo a quatro tipos de contratos públicos, essa influência foi determinante.

2.2. No que respeita ao direito administrativo relativo à contratação pública, o fenómeno da europeização respeita especialmente, e do ponto de vista do regime substantivo, às directivas que vieram regular a coordenação dos procedimentos de adjudicação relativos a contratos públicos de obras, de fornecimento e de aquisição de serviços (quer, nos sectores especiais, quer nos sectores gerais) — respectivamente, hoje, através das Directivas n.º 2004/17/CE e n.º 2004/18/CE, ambas de 31 de Março de 2004 ⁽⁵⁴³⁾ — como no que diz respeito também, e do ponto de vista do regime processual, às Directivas

W. DANZER-VANOTTI, «Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz», BB, 1991, p. 1015. No mesmo sentido, P. OLIVER, «Interim measures: Some recent developments», CMLR, 1992, p. 27; M. P. CHITTI, «L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario», DPA, 1998, pp. 503 ss.

⁽⁵⁴¹⁾ A este propósito, escreve FAUSTO DE QUADROS (*A nova dimensão...*, cit., p. 48) que, no seu entender, cabendo ao legislador ordinário o dever de positivizar, no direito processual administrativo, um preceito que permita ao juiz decretar medidas provisórias, este preceito deve poder «englobar, de modo claro, o poder de os tribunais decretarem, em geral, também providências cautelares de tipo injunção ou intimação, mesmo sem ser na dependência de qualquer processo principal». A este propósito cumpre lembrar a posição de GARCÍA DE ENTERRÍA, que vai também no sentido de que o legislador deva poder positivizar medidas cautelares sem que estas possuam a característica de instrumentalidade (e, sem que sejam, portanto, acessórias a um meio principal). Cfr. «La sentencia Factortame...», cit., pp. 133 e 134.

⁽⁵⁴²⁾ Neste sentido, vd. K.-P. SOMMERMANN, «Européanisation et transformation de la justice administrative en Europe...», cit., pp. 19 ss.

⁽⁵⁴³⁾ A Directiva 2004/17/CE regula a coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. Trata-se, portanto, da nova Directiva sobre os sectores excluídos, que afasta a Directiva 93/38/CEE. A Directiva 2004/18/CE regula a coordenação dos procedimentos de adjudicação relativos a contratos públicos de obras, de fornecimento e de aquisição de serviços. Esta directiva introduz uma novidade importante: ela regula os procedimentos de contratação dos três tipos de contratos. Isto é, esta última Directiva derroga (vd. artigo 82.º) as três anteriores que regulavam de forma separada esses contratos: a 92/50/CEE (contratos de aquisição de serviços), a 93/36/CEE (contratos de fornecimento) e a 93/37/CEE (contratos de obras). E, continuando a regular aqueles contratos, exclui, agora, expressamente, as concessões de serviços. A este propósito, vd. MARIA JOÃO ESTORNINHO, «A transposição das Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março, e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos», CJA, 58, 2006, pp. 10 a 20; IDEM, *Direito europeu...*, cit., pp. 37 ss.

n.º 89/665/CEE e n.º 92/13/CEE, que vieram regular as garantias a observar no domínio dos procedimentos de formação daqueles contratos, sendo certo que mais recentemente foi emitida a Directiva n.º 2007/66/CE, do Parlamento e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, que vem reforçar e melhorar a eficácia dos recursos em matéria de adjudicação de contratos públicos, tendo procedido à alteração daqueles duas primeiras.

Em causa esteve, pois, a necessidade de instituir um regime comum da contratação pública, tanto a nível substantivo (incluindo procedimental) como processual, sendo certo que, num primeiro momento, procurou-se realizar as clássicas liberdades fundamentais constantes do Tratado da União, concretizando os princípios de concorrência, igualdade de tratamento e de não discriminação entre os concorrentes nacionais e não nacionais do Estado-membro a que pertence a entidade adjudicante, e o da transparência. E, num segundo momento, procurou-se garantir mecanismos de protecção desse direito e de restabelecimento, em tempo útil, das normas e princípios nacionais e comunitários sobre contratação pública violados⁽⁵⁴⁴⁾, tendo esta última directiva ido mais longe quanto à previsão de consequências a fazer desencadear pelos Estados, em caso de ocorrerem certas violações ao direito europeu em matéria de contratação pública.

Como se sabe, o funcionamento do mercado único europeu (e a união económica e monetária) e os objectivos traçados para tal mercado foram exigindo um ordenamento jurídico tendencialmente uniforme e, claro está, a existência de regras comuns em matéria de contratação administrativa — tanto mais quanto, em termos económico-financeiros, sempre foi significativo o peso da contratação pública do quadro alargado do mercado europeu. E, neste contexto, como seria importante reduzir as práticas discriminatórias e restritivas de concorrência e da liberdade de circulação e estabelecimento e instituir práticas realizadoras dos princípios de transparência, concorrência e de não discriminação, foi necessário instituir um regime comum da contratação pública, tanto a nível substantivo (incluindo procedimental) com processual, sendo que, dadas as suas características, a forma de directiva assumiu um papel determinante de entre as várias fontes de direito administrativo europeu. Com efeito, em

(544) A este propósito, vd. MARIA JOÃO ESTORNINHO, «A transposição das Directivas...», cit., pp. 10 ss. A propósito da garantia processual e da aplicação neste domínio do princípio da tutela jurisdicional efectiva, vd. F. GONZÁLEZ BOTIJA, «El derecho a la tutela cautelar en la jurisprudencia comunitaria sobre mercados públicos», Separata da R. Complutense (n.º 87 — anuario), pp. 99 ss.; Y. GALMOT, «O direito comunitário na ordem jurídica interna de França», Fius. (n.º 2, Julho), 1999, p. 7; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura...», cit., pp. 473 ss.; P. LAZZARA, «Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia», DPA (4), 2003, pp. 1155 ss., esp. pp. 1169 ss.

diversas fases, as instâncias europeias produziram uma vasta gama de directivas comunitárias em matéria de contratação pública, dando origem a um direito comum dos contratos, sobre dois aspectos fundamentais, a saber: sobre o processo de formação de contratos a celebrar em certos domínios (contratos que passaram a designar-se por contratos públicos) e sobre as garantias e recursos a usar pelos concorrentes neste domínio da contratação.

É, pois, neste contexto, num contexto em que se constrói especialmente o *ius commune* europeu em matéria de contencioso administrativo no sector específico da tutela de urgência, e (mais especificamente ainda) da tutela de urgência no domínio dos contratos públicos, que se inserem as Directivas n.º 89/665/CEE e n.º 92/13/CEE, conhecidas respectivamente por *Directiva recursos ou meios contenciosos* e por *Directiva recurso ou meios contenciosos nos sectores excluídos* — até porque, como se afirmou, o legislador europeu não quis apenas estabelecer regras substantivas e procedimentais relativas a todos os contratos públicos. Reconhecendo a necessidade de concretizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, o legislador europeu quis também que, destas directivas e da sua transposição, surgisse um novo direito processual urgente europeu em matéria de contencioso dos contratos públicos, caracterizado pela plenitude dos poderes do juiz no julgamento das relações jurídicas pré-contratuais e pela efectividade da tutela jurisdicional, assumindo importância nesse direito a dimensão da tutela jurisdicional de urgência.

E, como se sabe, estes instrumentos de harmonização surgem justificados pela necessidade de uniformização dos meios processuais de tutela em matéria de procedimentos adjudicatórios de contratos públicos, para efeitos de garantir a protecção eficaz aos interesses públicos (comunitários) e privados em presença — tanto mais que os regimes substantivos que operaram a transposição das directivas em matéria de contratação pública nos domínios das empreitadas e fornecimentos nos diversos sistemas foi padecendo de várias insuficiências ⁽⁵⁴⁵⁾. A uniformização em matéria de garantias constituía, de facto,

⁽⁵⁴⁵⁾ Enfim, a Directiva aponta sobretudo para a necessidade de serem instituídos mecanismos de tutela preventiva e urgente, tanto mais que, normalmente, as infracções comumente reconhecidas ao Direito europeu dos contratos acontecem numa fase prévia à adjudicação, quais sejam, a falta de publicação; o fraccionamento abusivo de um contrato para defraudar os valores fixados nas directivas e assim se subtrair à aplicação do regime comunitário; o recurso abusivo ao ajuste directo e a invocação injustificada de situações de urgência afim de reduzir o prazo de apresentação de propostas; a introdução nos documentos do concurso que fixam as condições de adjudicação de cláusulas administrativas, financeiras ou económicas incompatíveis com a disciplina comunitária e a exclusão ilegal de concorrentes originários de Estados-membros diversos do Estado da entidade adjudicante. Enfim, reconhecia-se que a violação do direito comunitário surgia frequentemente antes da adjudicação e assumia nor-

uma necessidade emergente também por causa da heterogeneidade de que sofriam os diversos sistemas dos Estados-membros em matéria de garantias processuais, dos quais resultava amiúde a violação do direito comunitário.

E, exactamente, a *Directiva recursos* ou *Directiva meios contenciosos*, que foi adoptada em 21 de Dezembro de 1989, depois de um longo processo legislativo, procurou introduzir eficácia à tutela jurisdicional no domínio dos procedimentos adjudicatórios de contratos de empreitada de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, com exclusão dos procedimentos concernentes aos sectores excluídos, da água, energia, transportes e telecomunicações, já que estes seriam objecto de disciplina própria e autónoma — o que veio a acontecer, no que respeita ao aspecto contencioso, com a publicação da Directiva n.º 92/13/CEE. O escopo daquela Directiva é bem visível nos considerandos da mesma: *primo*: garantir a plena aplicação e efectividade da disciplina comunitária relativa à adjudicação de contratos públicos de empreitada, de fornecimento de bens e de prestação de serviços e a tutela jurisdicional efectiva dos particulares; *secundo*: instituir mecanismos que permitam a correcção das infracções ao Direito comunitário «numa fase em que as violações ainda podem ser corrigidas». Assim, por outras palavras, a Directiva pretendeu instituir mecanismos de tutela jurisdicional efectiva, quer do Direito comunitário quer dos particulares, propondo três formas de conseguir tal propósito. Em primeiro lugar, a criação de meios de controlo céleres e eficazes do respeito pela legalidade comunitária ao dispor dos particulares (artigos 1.º e 2.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), da Directiva), *maxime*, o direito a obter a anulação de decisões procedimentais ilegais, incluindo a supressão das especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso, do caderno de encargos ou de outro qualquer documento relacionado com o processo de adjudicação do contrato em causa. Em segundo lugar, o direito a obter a adopção de providências provisórias adequadas a proporcionar efectividade a este modelo de contencioso pré-contratual. E, em terceiro lugar, o reconhecimento de direitos indemnizatórios às pessoas lesadas por uma violação de normas disciplinadoras do procedimento de formação dos contratos públicos (artigo 2.º, n.º 1, alínea *c*), da Directiva). Acresce ainda ao desiderato descrito, o da criação de um procedimento sumário de intervenção da Comissão, de cariz correctivo, sempre que se verificar uma infracção clara e manifesta das disposições comunitárias em matéria de con-

malmente vícios formais, designadamente de falta de publicação do anúncio do concurso no JOCE, um vício que demonstrava ser suficiente para afectar a livre concorrência e afastar a vinda a concurso de outros operadores não nacionais. A este propósito, vd. ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit., pp. 114 ss.

tratos de direito público no decorrer do procedimento de adjudicação (artigo 3.º da Directiva) (546).

Enfim, em contas simples, e em síntese, tendo em conta o elenco paradigmático de infracções ao direito comunitário, apontado pela Comissão na sua Comunicação n.º 88/2510 e tendo em mente que as infracções ocorrem normalmente antes da celebração do contrato, a Directiva em causa reconhece a necessidade de se instituir mecanismos de tutela urgente (de tutela sumária e de tutela antecipatória, provisória ou não), *id est* de mecanismos de tutela que sejam de molde a permitir a correcção atempada de infracções, em termos que seja reposto o respeito pelo direito comunitário, num momento em que o procedimento ainda está em curso, satisfazendo assim todos os interesses envolvidos. A tutela de urgência é, em suma, o tipo de tutela jurisdicional que o direito comunitário descrito veio instituir. O direito ao processo efectivo e temporalmente justo, revela-se, pois, como direito fundamental do contencioso da contratação pública.

É, pois, neste contexto do direito europeu e em especial da Directiva *recursos* que, em Portugal, com a publicação do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, foi criado um processo impugnatório urgente e foram previstas, pela primeira vez, no contencioso administrativo as providências cautelares não especificadas. Aliás, cumpre reforçar esta ideia — também já invocada por SÉRVULO CORREIA (547). Foi por impulso do direito administrativo processual de urgência europeu que, pela primeira vez, foi positivado na lei processual administrativa o princípio da atipicidade nos processos urgentes de natureza cautelar. E foi também neste contexto que a lei processual administrativa adoptou pela primeira vez o critério da ponderação de interesses. E, finalmente, foi também nesta sequência que o legislador administrativo veio, pela primeira vez, concretizar distintos mecanismos de tutela urgente, revelando, assim, ter consciência das distintas configurações da *situação-de-urgência* e das distintas formas de as tratar processualmente. Na verdade, o legislador administrativo nacional criou um processo urgente com capacidade para decidir o mérito da causa, dando-lhe *um corpo* e não apenas um nome, e criou um processo urgente de natureza cautelar, com aptidão para decidir apenas provisó-

(546) A *Directiva recursos nos sectores especiais* (Directiva 92/13/CEE), que tem um âmbito restrito de aplicação, impõe a instituição de dois mecanismos de tutela, para além daquelas a que a Directiva 89/655/CEE fazia referência, a saber: a procedimentos de conciliação entre lesados ou potenciais lesados por uma infracção comunitária e as entidades contratantes (artigos 9.º a 11.º); e a certificação comprovativa de que a entidade adjudicante respeita a disciplina comunitária em matéria de celebração de contratos (artigos 3.º a 7.º).

(547) Neste sentido, vd. SÉRVULO CORREIA, *Direito do contencioso...*, cit., pp. 607 e 608.

riamente a causa. E isto, que acabou de se apontar, não é despreciando. E não é, tanto mais quanto se sabe em que termos estas inovações introduzidas parcelarmente no contencioso administrativo pré-contratual, em 1998, foram posteriormente integradas no CPTA. Com efeito, a alteração introduzida em 2002/2003 na disciplina processual acolheu o princípio da atipicidade e a ponderação de interesses e acolheu também a lógica da consagração de processos urgentes específicos para tutela de *situações-de-urgência-típicas* ⁽⁵⁴⁸⁾.

E, de facto, é neste contexto que, hoje, após as modificações introduzidas no contencioso administrativo, se prevê no CPTA um contencioso de urgência ordinário para as situações jurídicas pré-contratuais que acolhe um grupo de mecanismos que funciona segundo um boa lógica: *a)* a lógica de garantir a protecção da posição do interessado em contratar com a Administração, numa dimensão temporal do presente, garantindo-lhe ainda o direito de participar no procedimento adjudicatório em curso; *b)* a lógica de proporcionar uma composição rápida da questão litigiosa existente entre as partes, poupando a entidade adjudicante de ver o processo *ad calendas graecas*, enquanto as obras públicas e os serviços ficam paralisados; *c)* a lógica do restabelecimento do direito nacional e comunitário em tempo útil, permitindo a correcção atempada das invalidades procedimentais e das especificações inseridas em documentos do concurso, garantindo legitimação à escolha da entidade adjudicante, uma vez que qualquer um dos operadores económicos que satisfaz os requisitos concursais pode em tempo oportuno solicitar ao juiz que verifique a legalidade da decisão que os preteriu no concurso.

3. A CRP e a jurisprudência do Tribunal Constitucional

Entre nós, o direito a um processo efectivo e temporalmente justo tem também sede na Lei Fundamental, uma vez que o direito de acesso ao direito e aos tribunais é acolhido, em termos gerais, no artigo 20.º da CRP, sendo que o n.º 4 deste preceito garante aos cidadãos o direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável. E, em especial, segundo o ditame constitucional, para defesa dos direitos, liberdades e garantias, o direito de acesso aos tribunais deve traduzir-se na existência de procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade. Particularmente, no âmbito das relações jurídico administrativas, o direito fundamental de acesso aos tribunais é confirmado no artigo 268.º, n.ºs 4 e 5, e o direito dos particulares à tutela jurisdicional efectiva alberga expressamente, entre outras

(548) A este propósito, vd. o nosso «O processo cautelar comum no novo contencioso administrativo: por novos caminhos de tempo dividido», SI, n.º 299, 2004, pp. 237 ss.

dimensões, a garantia à adopção de providências cautelares adequadas⁽⁵⁴⁹⁾. Por conseguinte, o direito de acesso ao direito e aos tribunais está consagrado em preceitos constitucionais e, segundo uma abundante jurisprudência do TC, este direito integra, para além da dimensão à protecção jurídica, outras vertentes garantísticas processuais, incluindo a de acesso a tribunais, à tutela jurisdicional efectiva, o direito ao processo equitativo e a garantia à emissão de decisão em prazo razoável⁽⁵⁵⁰⁾.

Aliás, fácil é perceber que já existe uma jurisprudência constitucional sobre o direito ao processo efectivo e temporalmente justo. Na verdade, mesmo que seja uma corrente jurisprudencial que se tem vindo a firmar de modo indirecto — visto que a posição do tribunal sobre este tema se encontra implícita nas decisões que versam sobre a possibilidade de restrição do direito de acesso aos tribunais —, ainda assim, é bem clara a menção do TC à necessidade de a lei ordinária conciliar as garantias processuais e concretizar um processo efectivo e processo temporalmente justo, em termos que tanto anuncia que, sendo «a prontidão na administração da justiça factor condicionante da eficácia do processo (...), não haja dilações indevidas no processo», como apela a que não se consagre um «ritmo trepidante», sob pena de perda de efectividade da própria justiça. Nesta jurisprudência há, pois, o apelo à previsão de um tempo certo — ou de um tempo processualmente justo —, que deve ser aferido tanto do ponto de vista das partes como do tribunal, em ordem a alcançar-se o acerto na decisão⁽⁵⁵¹⁾. Cumpre, pois, a par-

⁽⁵⁴⁹⁾ Sobre este tema, vd. JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional, Tomo IV, Direitos fundamentais*, 3.^a ed., Coimbra, 2000, pp. 256 ss. esp. pp. 260 ss.; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 2.^a ed., Coimbra, 2001, pp. 234 ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 6.^a ed., Coimbra, 2002, pp. 487 ss.; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, 2005, pp. 170 ss.; J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada — artigos 1.º a 107*, 4.^a ed. revista, Coimbra, 2007, pp. 409 ss.

⁽⁵⁵⁰⁾ Sobre jurisprudência do TC que versa sobre o princípio da tutela jurisdicional efectiva, vd. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «A impugnação judicial de actos administrativos na jurisprudência do TC», JC, n.º 6, 2005, pp. 49 ss., esp. pp. 82 ss.; ANABELA COSTA LEÃO, *Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*, JC, n.º 10, 2006, pp. 61 ss.

⁽⁵⁵¹⁾ A este propósito, vd. acórdão n.º 212/00, processo n.º 596/99, pronunciando sobre a questão da inconstitucionalidade da interpretação do n.º 2 do artigo 101.º do CPP, no sentido de que a opção pela gravação áudio das declarações prestadas em audiência e a sua não transcrição para a acta de julgamento seria susceptível de violar o princípio da celeridade, previsto no n.º 5 do artigo 20.º, da tutela efectiva e o direito ao recurso, o TC veio realçar o valor da celeridade processual, admitindo que tal valor deve ter em conta as garantias do processo justo. Na realidade, o TC sublinhou que «a celeridade não é uma imposição absoluta, havendo, desde logo, de compatibilizá-la com as garantias de defesa e as exigências de um processo justo e equitativo que permita, antes do mais, a averiguação da verdade material e uma decisão ponderada». E acres-

tir desta copiosa jurisprudência que incide sobre o artigo 20.º da CRP, apurar, num primeiro momento, que dimensões garantísticas — ou «subdireitos»⁽⁵⁵²⁾ ou «subprincípios»⁽⁵⁵³⁾ — encerra tal âmbito normativo de conteúdo tão rico e, depois, importa ter em conta o entendimento da jurisprudência constitucional sobre cada uma das garantias processuais, ínsitas no direito de acesso aos tribunais (3.1.).

E, assim, apurado que o direito de acesso aos tribunais integra a garantia à plena execução das sentenças, importa perceber o sentido da garantia processual fundamental ao processo efectivo. Quanto a este aspecto, se é um facto que o jurisdição constitucional sempre afirmou a relação de pertença do direito à justiça efectiva ao direito de acesso aos tribunais, a verdade é que a posição do TC que versa sobre esta dimensão processual não é uniforme nem coerente, quando explicada a propósito da justiça administrativa⁽⁵⁵⁴⁾. Na realidade, o TC já manifestou duas posições opostas sobre o mesmo tema, sendo que tanto aceitou como rejeitou que a garantia à suspensão da eficácia de actos administrativos fosse conatural ao direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva⁽⁵⁵⁵⁾. Aliás, no final da década de noventa, o TC ainda duvidava de que a garantia da suspensão da eficácia de actos administrativos recorridos estivesse constitucionalmente assegurada. É disso exemplo o acórdão n.º 303/94 (processo n.º 564/92, de 24.03.1994). E, no início do século XXI, a jurisdição constitucional ainda excluía a tutela

centou: «por outro lado, não se afigura justificado que um juízo de inconstitucionalidade fulmine toda e qualquer norma que, por pouco que seja, retarde o andamento do processo sem contido prejudicar um julgamento em prazo razoável», sendo que, para o TC é de admitir a demora no andamento do processo quando tal se justifique por uma exigência proporcionada e razoável, como é o caso da segurança.

⁽⁵⁵²⁾ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 409.

⁽⁵⁵³⁾ Sobre este tema, vd. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 189.

⁽⁵⁵⁴⁾ Também no acórdão n.º 184/98, processo n.º 377/96, a propósito do artigo 144.º, n.º 4, do CPC e da questão da interpretação dada à mesma norma no sentido de a mesma violar o princípio da tutela jurisdicional efectiva, o TC veio explicitar que o direito de acesso aos tribunais consagrado no artigo 20.º da CRP, mais propriamente na vertente da tutela jurisdicional efectiva, se traduz «na proibição de as normas processuais impedirem seja o direito de acção, no sentido do direito subjectivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional, seja o direito ao processo, traduzido na abertura de um processo após apresentação daquela pretensão, com o consequente dever de o órgão jurisdicional sobre ela se pronunciar mediante decisão fundamentada».

⁽⁵⁵⁵⁾ Sobre este assunto, vd. a nossa *Introdução...*, cit., pp. 216 ss. Neste sentido, cumpre citar, por exemplo, o acórdão do TC de 20.11.1991, processo n.º 90/184. E sobre este tema, vd. MARIA FERNANDA MAÇAS, «O princípio da tutela jurisdicional efectiva», *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, 1993, pp. 327 ss.; MARIA DA GLÓRIA GARCÍA, «Os procedimentos cautelares...», cit., p. 206.

cautelar do domínio do contencioso regulamentar. Veja-se o acórdão do TC n.º 556/00 (de 13.12.2000). Esta é, felizmente, uma jurisprudência do passado (3.2.).

Não se duvida, porém, que, de entre as garantias processuais que o direito de acesso aos tribunais inclui, o direito ao processo equitativo é uma das que o TC tem reafirmado na sua jurisprudência recente. Com efeito, como se confirmará, o TC tem reiterado que o direito de acesso aos tribunais se revela em diversos momentos, incluindo, em primeiro lugar, no direito de acesso a órgãos jurisdicionais, a seguir, no direito a obter uma solução jurisdicional, e, finalmente, no direito à execução das decisões dos tribunais. E também já sublinhou que tal direito deve realizar-se em processo equitativo, sendo certo que este encerra o direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo, com proibição de tratamento discriminatório ou arbitrário; o direito de defesa e o direito ao contraditório, no sentido de existir efectiva possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar as provas da outra parte e pronunciar-se sobre o valor e resultado dessas provas». Contudo, o TC também já veio esclarecer que o *due process of law* pode ser legitimamente restringido por razões de urgência e eficácia processual (3.3.).

Em último lugar, cumpre fazer referência à garantia processual à decisão judicial em prazo razoável. E, como se apontou, tal dimensão garantística processual fundamental tem previsão destacada no n.º 4 do artigo 20.º da Constituição. Aliás, como já foi dito tantas vezes, o legislador constituinte, talvez motivado pelo «impressionismo jurídico» da jurisprudência dos órgãos de Estrasburgo, veio confirmar expressamente a garantia processual que já antes se compreendida no direito de acesso ao direito e aos tribunais (556). De facto, antes da quarta revisão constitucional, a doutrina constitucionalista defendia que, «mesmo que [fosse] duvidoso tratar-se de um direito fundamental autónomo», tal garantia era uma «dimensão constitutiva do direito à protecção jurisdicional» (557) «ou dimensão *ineliminável* do direito a uma tutela

(556) Neste sentido, LUIS CATARINO, «Responsabilidade por facto jurisdicional — contributo para a reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado», *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado*, Trabalhos preparatórios da reforma, Ministério da Justiça, 2002, p. 283. Sobre a influência do TEDH na legislação e jurisprudência portuguesas, vd. SÉRVULO CORREIA/RUI MEDEIROS/BERNARDO DINIZ DE AYALA, «Vers une protection juridictionnelle commune des citoyens en Europe (?)», in: *Estudos de direito processual administrativo*, Lisboa, 2002, esp. p. 60.

(557) Neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO (em anotação ao acórdão de 7 de Março de 1989..., cit., p. 306) refere que «o direito à via judiciária para defesa dos direitos (artigo 20.º, n.º 1) inclui o direito à decisão jurisdicional num prazo temporalmente adequado».

judicial efectiva» (558). E, para o TC, este era já um direito «compreend[ido] no direito de acesso aos tribunais, previsto com carácter geral no artigo 20.º da CRP» (559), tendo-o esclarecido, numa das primeiras vezes, no famoso acórdão n.º 86/88 de 13 de Abril (560): «o direito de acesso aos tribunais é, entre o mais, um direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável». E, desde essa altura até hoje, a jurisdição constitucional ainda continua a asseverar que o direito de acesso aos tribunais inclui «o direito de obter uma solução num prazo razoável» (561).

Aliás, importa sublinhar que da jurisprudência do TC se evidencia a necessidade de esta garantia servir de parâmetro de racionalidade no cumprimento da imposição legiferante de criação de um sistema de protecção jurisdicional eficaz, uma vez que, para a jurisdição constitucional, o legislador ordinário está proibido de consagrar no processo actos e formalidades inúteis, principalmente tratando-se de processos que o legislador constituinte destaca como devendo ser obrigatoriamente simplificados e prioritários. E, para o juiz deve também ser tido como parâmetro de racionalidade no cumprimento dos seus deveres de condução célere do andamento do processo. Enfim, ainda assim, se é certo que a jurisdição constitucional considera que este direito é inerente ao direito de acesso aos tribunais, todavia, não tem dado um significativo contributo para a sua compreensão, já que tem aproveitado de forma insuficiente as poucas ocasiões em que é chamada a pronunciar-se sobre o conteúdo e extensão desta garantia processual fundamental (3.4.).

3.1. O direito de acesso ao direito e aos tribunais decorre imediatamente da ideia de Estado de direito e, não obstante ser por vezes reconduzida à figura qualificada e protegida de direitos, liberdades ou garantias, a verdade é

(558) Neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 163) consideravam que o direito de acesso aos tribunais se concretiza também através do direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas. Para os autores, «as partes formais num processo judicial em tramitação têm o direito de obter do órgão jurisdicional competente uma decisão dentro dos prazos legais pré-estabelecidos, ou, no caso de esses prazos não estarem fixados na lei, de um lapso de tempo proporcional e adequado à complexidade do processo».

(559) Acórdão do TC de 13.04.1988, processo n.º 86/235, publ. in: *DR*, II série, n.º 193, de 22.08.1988, p. 7629. No mesmo sentido, vd. acórdão do TC de 23.05.1990, processo n.º 89/154, publ. in: *DR*, II série, n.º 240, de 18.10.1991, p. 10 430; e acórdão do TC de 03.06.1992, processo n.º 91/119, publ. in: *DR*, II série, n.º 211, de 12.09.1992, p. 8495.

(560) Acórdão publicado in: *AD*, Vol. 11.º, 1988, pp. 741 ss.

(561) A este propósito, vd. o trabalho de CARLOS LOPES DO REGO, «Acesso ao direito a aos tribunais», in: *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, pp. 41 ss.

que este direito fundamental carece de conformação legal e encerra uma dimensão prestacional a cargo do Estado ⁽⁵⁶²⁾. É também por isto mesmo que se compreende que, no quadro da margem de densificação que lhe é constitucionalmente determinado, o legislador ordinário lhe fixe certas limitações, revelando-lhe, tantas vezes, uma faceta de *direito precário*, bem dependente dos recursos materiais e financeiros do Estado prestador.

De qualquer modo, e para além de outros direitos conexos e componentes de um direito geral à protecção jurídica, que o artigo 20.º da Lei Fundamental reconhece, o direito de acesso à justiça e a protecção através de um tribunal é uma das dimensões mais importantes do acesso ao direito. E o TC já afirmou que o direito de acesso aos tribunais é «tanto instrumento da defesa de direitos e interesses legítimos dos cidadãos como elemento integrante do princípio material de igualdade e do próprio princípio democrático» (3.1.1.). Contudo, o TC também já atestou que este direito não é absoluto. Antes pelo contrário, comporta limitações que devem ser consideradas legítimas, desde que proporcionais e justificadas. Também aqui a invocação de eficácia e celeridade tem sido aceite pelo TC como fundamento para restringir um direito de conteúdo tão caudaloso (3.1.2.).

3.1.1. O direito de acesso aos tribunais, a que se refere o n.º 1 do artigo 20.º da Lei Fundamental, inclui, desde logo, o direito de acção e de acesso a tribunais — órgãos independentes e imparciais (como confirmou no acórdão n.º 363/04, processo n.º 834/03) —, o direito a um processo, o direito a decisão sobre a causa e o direito à execução da decisão. Na realidade, o TC já há muito que vem considerando que o direito de acesso aos tribunais se «desdobra em três momentos distintos: primeiro, no direito de acesso a tribunais para defesa de um direito ou interesse legítimo, isto é, um direito de acesso à Justiça, a órgãos jurisdicionais ou, o que é o mesmo, a órgãos independentes e imparciais cujos titulares gozam de prerrogativas de inamovibilidade e de irresponsabilidade pelas suas decisões; segundo, uma vez concretizado o acesso a um tribunal, no direito de obter uma solução num prazo razoável; terceiro, uma vez ditada a sentença, no direito à execução das decisões dos tribunais ou no direito à efectividade das sentenças». E o TC também já sublinhou que tal direito deve realizar-se em processo equitativo, sendo certo que este encerra o direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo, com proibição de tratamento discriminatório ou arbitrário; o direito de defesa e o direito ao contraditório, no sentido de existir efectiva possibilidade

(562) Sobre este tema, vd. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., pp. 407 ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., pp. 256 ss., esp. pp. 260 ss.

de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar as provas da outra parte e pronunciar-se sobre o valor e resultado dessas provas; o direito a prazos razoáveis de acção e recurso; o direito à fundamentação das decisões; um direito orientado para desembocar em decisões de mérito e o direito à decisão em prazo razoável.

Todas estas ideias são confirmadas pela jurisdição constitucional. Atente-se, por exemplo, o acórdão n.º 1169/96 (processo n.º 452/95) ⁽⁵⁶³⁾. Assim, a propósito da questão de inconstitucionalidade da interpretação atribuída ao artigo 146.º do Código de Processo Civil (= CPC), relativa ao justo impedimento, por violação do direito à protecção jurídica consagrado no artigo 20.º da Constituição, o Tribunal considerou que neste preceito está consagrado o direito de acesso ao direito e aos tribunais, sendo que, «para além de instrumentos da defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos, é também elemento integrante do princípio material da igualdade e do próprio princípio democrático, pois que este não pode deixar de exigir a democratização do direito». E, quanto ao conteúdo de tal direito de acesso aos tribunais, o TC indicou que este «para além do direito de acção, que se materializa através do processo, [compreende] nomeadamente: *a*) o direito a prazos razoáveis de acção ou de recurso; *b*) o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas; *c*) o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariiedade no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas; *d*) o direito a um processo de execução, ou seja, o direito a que, através do órgão jurisdicional se desenvolva e efective toda a actividade dirigida à execução da sentença proferida pelo tribunal». Além disso, o TC também explicou que o direito de acesso aos tribunais é, «entre o mais, um direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância de garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretar sobre o valor e resultado de uma e outras», uma vez que «há-de ainda assinalar-se como parte daquele conteúdo conceitual, a proibição de indefesa, que consiste na privação ou limitação do direito de defesa do particular perante os órgãos jurisdicionais, junto dos quais se discutem as questões que lhes dizem respeito» ⁽⁵⁶⁴⁾.

⁽⁵⁶³⁾ No mesmo sentido, acórdão n.º 440/94, publ. in: *DR*, II, série de 01.09.1994.

⁽⁵⁶⁴⁾ E, deste modo, considerando que o instituto do justo impedimento não se traduz em qualquer limitação inadequada e desproporcionada ao direito de acção judicial do recorrentes, em termos de lhe fosse impedido ou dificultado significativamente o exercício judicial do seu

3.1.2. Há, de facto, uma farta jurisprudência, que, versando sobre a questão da inconstitucionalidade de normas que densificam o direito de acesso aos tribunais, denunciam a existência de uma liberdade conformadora do legislador infra-constitucional no sentido de este consagrar um sistema de garantias processuais mais caro ou mais barato, uma vez que à luz da Constituição a justiça não tem que ser gratuita (**3.1.2.1.**). E, no mesmo sentido, há também um rol de acórdãos do TC em que se aceita a consagração na lei ordinária de restrições em matéria de recursos jurisdicionais, visto que, para o TC, com a excepção do domínio do processo penal, não existe uma garantia ao duplo grau de jurisdição (**3.1.2.2.**). E, importa aludir ainda que, segundo a jurisprudência deste Tribunal, outras são ainda as condicionantes ou limitações que o legislador ordinário está autorizado a concretizar quando cumpre a *imposição legiferante* de criar um sistema de protecção jurisdicional efectivo, imparcial e independente, equitativo e temporalmente justo. Para além de justificações que atendem à certeza e segurança jurídicas, que legitimam, por exemplo, o estabelecimento legal de prazos de caducidade para a propositura de um acção, as razões de celeridade dos processos, a fluência na administração da justiça e a racionalização do sistema judiciário também sustentam, segundo o TC, tal tipo de reduções.

3.1.2.1. Se é um facto que, segundo a jurisprudência do TC, há uma liberdade conformadora do legislador infra-constitucional, no sentido de este consagrar um sistema de garantias processuais, a verdade é que, para o Tribunal Constitucional, a justiça não tem que ser gratuita (**3.1.2.1.1.**). De resto, o legislador ordinário tem ampla margem de conformação do direito de acesso aos tribunais, mas, ainda assim, o legislador constituinte proíbe-o de estabelecer limitações àquele direito que sejam desproporcionais, injustificadas ou arbitrárias (**3.1.2.1.2.**).

3.1.2.1.1. A propósito da possibilidade de aplicação de cominações pela omissão de comportamentos ser susceptível de afrontar o direito de acesso aos tribunais, vejamos agora com atenção o acórdão n.º 646/98, processo n.º 446/97, que concerne ao artigo 110.º, n.º 2, do Código das Custas Judiciais (=CCJ), e versa exactamente sobre a questão do pagamento de custas e a cominação correspondente ao não pagamento de preparo nos sete dias posteriores ao oferecimento de contestação. Reiterando jurisprudência uniforme, o TC mencionou que «não existe um direito a uma justiça gratuita, [sendo por isso] lícito ao legislador exigir o pagamento de custas judiciais, podendo optar por

direito ao recurso, o TC considerou que na interpretação atribuída à norma do artigo 146.º do CPC não [houvera] violação do princípio de acesso ao direito e aos tribunais e do princípio do Estado de direito democrático».

uma justiça mais cara ou mais barata». Ainda assim, o TC apontou «apenas como limite: o de não tornar impossível ou particularmente oneroso o direito de acesso aos tribunais».

Neste sentido, o Tribunal explicou que «o direito de acesso aos tribunais não é violado pelo facto de a lei estabelecer cominações, pois a existência destas não conduz a que o julgamento deixe de ser independente e imparcial, nem que as partes deixem de ver solucionado o conflito que as opõe, nem tão-pouco a que a solução do caso se faça em desconformidade com a lei. Sucede, porém, que, criando-se uma situação de *indefensão* do réu, a sentença pode ser menos justa: *brief judge, folle sentence*». Contudo, a norma é considerada conforme com a CRP, porque, para o TC, «a celeridade processual justifica a adopção de mecanismos que desencorajam as partes de adoptar comportamentos capazes de conduzir ao protelamento indevido do processo». E «isso é o que se pretende com a cominação constante do artigo 110.º, n.º 2, sem que daí tenha resultado diminuída a possibilidade de o réu se defender (...), visto que a situação em que o réu ficou colocado ficou a dever-se à sua incúria» ⁽⁵⁶⁵⁾.

3.1.2.1.1. O direito fundamental de acesso aos tribunais não surge beliscado quando as normas ordinárias vêm consagrar um preço a pagar pelo recurso à justiça. Assim, foi dito pelo TC no acórdão n.º 708/2005, processo n.º 557/05, a propósito das normas constantes do CCJ (artigos 4.º, n.º 1, 53.º, n.º 4, e 306.º, n.º 2, do CPC), que fixam as fórmulas a seguir para apurar as contas de custas, sendo que o TC foi solicitado a pronunciar-se sobre a violação do princípio da confiança, da igualdade e o do Estado de Direito Democrático e a violação do direito de acesso à justiça ⁽⁵⁶⁶⁾. Neste quadro, e a pro-

⁽⁵⁶⁵⁾ A norma *sub iudicio* não é considerada inconstitucional pelo TC porque no seu entender «o processo civil tem que ser suficientemente célere, por forma a poder proporcionar uma justiça pronta, pois, quando a sentença é tardia, corre-se o risco de já não se fazer justiça. E, citando MANUEL DE ANDRADE, o tribunal reforçou a ideia de que «vencer o pleito, mas só tarde e a más horas, equivale a certa medida a não o vencer. Vitória tardia é meia vitória. Para o próprio vencido, a demora na decisão importa um sacrifício acrescido pela prolongamento do estado de incerteza consequente do litígio». Assim, «a prontidão na administração da justiça é fundamental para que o direito à tutela judicial tenha efectiva realização. Ou seja: o direito de acesso aos tribunais também se concretiza através do direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas (...). E isso reclama celeridade processual. Claro é que não pode exagerar-se na preocupação de celeridade, pois a rapidez excessiva, que se traduzisse num ritmo trepidante, prejudicaria a ponderação das partes e a do próprio tribunal, podendo comprometer o acerto da decisão, quando o certo é que a finalidade primeira do processo é fazer justiça».

⁽⁵⁶⁶⁾ No que a este aspecto respeita, foi alegado que a interpretação do artigo 53.º, n.º 4, do CCJ (no sentido de que ele obriga a considerar os juros vencidos na pendência da acção para efeitos de determinação do valor tributário) faz com que a processos com o mesmo valor venham

pósito da alegada violação do direito de acesso aos tribunais, o TC mencionou que «o preceituado no artigo 20.º da Constituição não impõe que a prestação do serviço de administração de justiça seja gratuita, sendo consequentemente compatível com a Lei Fundamental a exigência do pagamento de uma prestação pecuniária, dita taxa de justiça, como contrapartida daquele serviço». Além disso, e no seguimento de jurisprudência já referenciada, o TC entendeu também que «a garantia constitucional de acesso ao direito e aos tribunais para tutela dos interesses legalmente protegidos, consagrada no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, é conferida pela própria Constituição ao legislador infra-constitucional, que dispõe para o efeito de uma ampla margem de decisão no que respeita ao âmbito das específicas soluções a consagrar. E, no que concretamente se refere a essa margem de decisão em matéria de fixação de custas judiciais, tem o Tribunal Constitucional sempre acentuado a ampla margem de liberdade do legislador, explicando, por mais de uma vez, que só a este cabe optar por uma justiça mais ou menos cara».

E, em harmonia com este entendimento, o TC veio sublinhar no acórdão n.º 363/07, processo n.º 740/2003, que a justiça não tem que ser gratuita. Assim, a propósito da questão da inconstitucionalidade do artigo 53.º, n.º 3, do CCJ, «com a interpretação de que a contagem dos juros, para efeitos de custas, é feita sobre as quantias peticionadas e não sobre as quantias em que as partes foram efectivamente condenadas e bem assim como a interpretação de que, para efeitos de custas, devem ser incluídos os juros vencidos durante o período em que o processo esteve parado sem que para isso tivessem contribuído as partes»⁽⁵⁶⁷⁾, o TC veio esclarecer que «o n.º 4 do artigo 20.º contém uma expressa referência ao direito — que deve ser compatibilizado com as exigências de um processo justo e equitativo — de obter uma decisão jurisdicional em prazo razoável». E, assim, «mesmo sem necessidade de uma desenvolvida análise dos aludidos comandos constitucionais, [o Tribunal Constitucional pôde notar] que a norma impugnada, retirada do citado n.º 3 do artigo 53.º do CCJ, não contende com a Constituição na estrita perspectiva do direito a um processo célere e equitativo, pois nada, em tal norma, tem virtualidade para

a ser tributados diferentemente só porque factores de morosidade estranhos às partes produzem durações distintas, sendo por isso de entender que contraria o direito de acesso à justiça, na sua vertente do direito a obter uma solução em prazo razoável, por a morosidade da justiça consubstanciar para as partes um encargo acrescido nas custas a suportar.

⁽⁵⁶⁷⁾ Neste sentido, entre outros aspectos, o recorrente invocou a violação do dispostos nos n.ºs 4 e 5 do artigo 20.º da CRP, segundo os quais qualquer cidadão tem direito de obter em prazo razoável uma decisão judicial que aprecie com força de caso julgado a pretensão regularmente deduzida, não podendo ser ainda mais penalizado com o cômputo de juros durante o tempo de paragem de processo por causa que não lhe é imputável.

perturbar aquela garantia». E também se notou que a norma não conduz a um resultado constitucionalmente proibido já que não exige um encargo financeiro intolerável a quem recorre aos tribunais, nem estabelece uma restrição desproporcionada, injustificada ou arbitrária do direito à efectivação do acesso à justiça.

Desta jurisprudência vertida nos acórdãos analisados pode concluir-se, à luz dos ditames constitucionais, para o TC tanto é legítimo instituir um serviço público não gratuito (por vezes mesmo muito bem pago) como parece ser legítimo que sejam os particulares a suportar também o preço pela demora excessiva do processo, mesmo que tal demora decorra de um mau funcionamento dos tribunais, aos quais os particulares sejam alheios. Portanto, aqui, ironicamente, não se invocam as razões de celeridade e prontidão da administração da justiça para validar as restrições na conformação do direito de acesso aos tribunais.

3.1.2.2. Apontámos nas considerações introdutórias que o TC aceita bem a consagração na lei ordinária de restrições ao direito de acesso aos tribunais, em matéria de recursos jurisdicionais. De facto, para a jurisdição constitucional não existe, com a excepção do domínio do processo penal, uma garantia ao duplo grau de jurisdição, já que, por razões de racionalização do sistema judiciário, esta garantia não pode ser tida como inerente ao direito de acesso à justiça. Se assim é e se é certo que a Constituição não exige a consagração de um sistema que permita recursos sem limites, é, contudo, legítimo questionar se não se poderá afirmar a existência de uma genérica garantia de recorrer, pelo menos uma vez, de uma decisão jurisdicional, em termos que se possa concluir que nem todas as soluções gizadas pelo legislador devam ser constitucionalmente válidas.

A jurisdição constitucional lamentavelmente não pensa assim. Com efeito, a propósito da questão da existência de um duplo grau de jurisdição, ínsito no direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva (artigos 20.º, n.º 1, e 268.º, n.º 4, da CRP, imanescentes ao próprio ideal de Estado de Direito democrático), o TC já se pronunciou múltiplas vezes no sentido contrário, tendo apenas ressalvado o domínio do processo penal, sendo certo que, dando possível acolhimento a «algumas vozes» da doutrina, também considerou que pode haver razões para se ressaltar as decisões jurisdicionais que imponham restrições a direitos, liberdades e garantias. Na verdade, o Tribunal tem «afirmado repetidamente que não resulta da Constituição nenhuma garantia genérica de direito ao recurso de decisões judiciais». Assim, «não existe, desta forma, um ilimitado direito de recorrer de todas as decisões jurisdicionais, nem se pode, conseqüentemente, afirmar que a garantia da via judiciária, ou seja o direito de acesso aos tribunais, envolva sempre, necessaria-

mente, o direito a um duplo grau de jurisdição (com excepção do processo penal)»⁽⁵⁶⁸⁾. Porém, segundo a jurisprudência do TC, outras são ainda as limitações que o legislador constituinte autoriza o legislador ordinário a concretizar na lei por razão de outros valores⁽⁵⁶⁹⁾.

3.2. O direito ao processo efectivo decorre do direito de acesso aos tribunais e sobre ele o TC também se tem vindo a referir com alguma frequência, ainda que a história recente nos diga que essa invocação traduz uma lógica pouco coerente. Na realidade, demonstrando contradição «a todos os níveis infeliz»⁽⁵⁷⁰⁾, durante muito tempo, a jurisprudência proferida pelo TC foi no sentido de considerar que a garantia cautelar não seria conatural à garantia do recurso de anulação, sendo certo que o TC afirmou mais recentemente que ela não integrava tão-pouco o contencioso administrativo regulamentar⁽⁵⁷¹⁾. Na realidade, segundo o Tribunal Constitucional, a garantia cautelar não seria prevista para o contencioso de normas, mesmo que se trouxesse à colação as normas introduzidas na Constituição, após a alteração de 1997. Contudo, a jurisprudência do TC que peca por não retirar a consequência evidente do princípio da tutela jurisdicional efectiva para o domínio do contencioso administrativo está em transformação, sendo o acórdão n.º 5/06, processo n.º 912/05, uma manifestação dessa mudança em curso, uma vez que a propósito da questão da inconstitucionalidade da interpretação do artigo 109.º do CPTA, no sentido de que o mesmo acolhe o carácter subsidiário e residual do processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, o TC proclamou a natureza indispensável e o carácter inafastável das provi-

⁽⁵⁶⁸⁾ Neste sentido, veja-se, designadamente, o acórdão n.º 520/2007, processo n.º 386/07, e acórdão n.º 689/2005, processo n.º 640/05.

⁽⁵⁶⁹⁾ Por exemplo, outro tipo de restrições legítimas podem lembrar-se, invocando, para o efeito, o acórdão n.º 542/2003, processo n.º 374/03, que versou sobre a questão da inconstitucionalidade da interpretação conferida ao artigo 35.º da LPTA, no sentido de afastar a aplicação, em sede de contencioso administrativo, do artigo 150.º do CPC, violando os artigos 13.º, 20.º e 268.º da CRP, respectivamente, os princípios da igualdade, *pro actione*, anti-formalista e proporcionadores do acesso à justiça, bem como o direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva. E a este propósito, e tendo em conta que «a norma em causa apenas fixa como data de entrada da petição aquela em que o registo postal foi efectuado», o TC explicou que o direito à obtenção de tutela jurisdicional efectiva é apenas conformado de determinada forma e não tocando na sua essência. No essencial o que o legislador faz é abrir possibilidades, não necessariamente coincidentes em todas as situações, de comportamentos através dos quais os indivíduos exercem os seus direitos fundamentais».

⁽⁵⁷⁰⁾ Expressão de JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 203.

⁽⁵⁷¹⁾ Sobre este tema, vd. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «Os procedimentos cautelares...», cit., pp. 195 ss.

dências cautelares para, em conjunto com o modelo ordinário de tutela jurisdicional, assegurar a efectividade dos processos na justiça administrativa.

3.2.1. Enfim, o acórdão n.º 512/97, processo n.º 236/97, é apenas um exemplo de entre muitos outros proferidos sobre a questão da inconstitucionalidade das normas previstas na revogada LPTA, que fixavam os pressupostos de deferimento da suspensão da eficácia de actos administrativos. Aliás, tendo em conta que o Tribunal Constitucional, no início da década de noventa, ainda duvidava de que a própria garantia de suspensão da eficácia de actos administrativos recorridos estivesse constitucionalmente assegurada ⁽⁵⁷²⁾, não é de surpreender que a jurisprudência dos tribunais administrativos tenha vindo a acompanhar tal sacra jurisprudência, tanto no que concerne à consideração cumulativa dos pressupostos de deferimento da suspensão da eficácia como no que respeita à impossibilidade de suspensão da eficácia de actos de conteúdo negativo. Assim, este aresto do TC foi proferido a propósito da interpretação dada pelo STA (no acórdão de 21 de Janeiro de 1997) à alínea *a*) do n.º 1 do artigo 76.º da LPTA, e a propósito da sua inconstitucionalidade por restringir desproporcionada e desnecessariamente o direito à tutela jurisdicional efectiva consagrado nos artigos 20.º e 268.º, n.os 4 e 5, da Constituição, afectando o seu conteúdo essencial, nos termos do artigo 18.º, n.os 2 e 3, da mesma Lei Fundamental. O Supremo afirmou nesse acórdão que «a garantia do controlo jurisdicional não exige que se reconheça em todas as situações um direito fundamental à suspensão como algo inerente ou conatural à garantia do recurso contencioso». Na realidade, o Supremo confirmou que «só em situações em que se [demonstrasse] que, sem ela, o recurso ficaria afectado de forma grave e insuportável e o interessado impedido, de modo injustificado, de obter protecção dos seus direitos e interesses é que a suspensão [surgiria] como condição indispensável à realização efectiva da protecção judicial.

Por seu lado, o TC veio acolher esta lógica interpretativa, tendo ratificado a necessária aplicação cumulativa dos três requisitos estabelecidos em cada uma das alíneas do n.º 1 do artigo 76.º da LPTA e considerado não existir razão para alterar o sentido uniforme da sua jurisprudência, tanto mais que «a aliena *a*) do n.º 1 do artigo 76.º da LPTA estabelece, em moldes que cabem na liberdade de conformação do legislador, um dos requisitos modeladores do instituto da suspensão da eficácia de actos administrativos, sem que se [pudesse] considerar que essa modelação [poderia] ser entendida como susceptível de atingir o núcleo essencial do direito à tutela jurisdicional efec-

⁽⁵⁷²⁾ Cfr. acórdão do TC n.º 303/94 (processo n.º 564/92) de 24.03.1994, publicado in: *DR*, II série, n.º 198, de 27.08.1994, pp. 8851 ss.

tiva, pois que os interessados não [ficariam] impedidos de aceder aos tribunais para defenderem os seus direitos e interesses legítimos, nem [veriam] esse acesso injustificado ou desproporcionalmente restringido ou dificultado».

3.2.2. O direito de acesso à tutela jurisdicional efectiva também foi sofrendo outras limitações a que o TC foi dando o seu total aval. Alias, até há pouco tempo, o entendimento do TC era no sentido de que tal direito não abrangia o contencioso regulamentar, já que a garantia da tutela cautelar estava afastada tanto a montante como a jusante desse domínio do contencioso administrativo. Na realidade, tanto o Supremo como a jurisdição constitucional consideravam que quer a suspensão da eficácia de actos, quer as providências cautelares não especificadas lhes eram estranhos. Assim, para o TC, a interpretação realizada pelo Supremo dos preceitos da LPTA e do ETAF (1), a que já aludimos, seria conforme aos ditames constitucionais, quer com os vigentes em 1989, quer com os posteriormente revistos em 1997. Para se ser mais preciso, importa dizer que a jurisdição constitucional, nas várias vezes em que teve ocasião de se pronunciar, esclareceu que as normas constantes da Lei Fundamental (artigo 268.º, n.os 4 e 5) excluiriã a tutela cautelar do domínio da actividade regulamentar da Administração. E tal afirmação manter-se-ia, quer se tivesse em conta o quadro constitucional existente em 1989 quer o posteriormente introduzido com a reforma de 1997, já que o *indirizzo* constitucional seria contrário à aplicação da tutela cautelar neste domínio (573).

3.3. Como se apontou, o direito de acesso aos tribunais integra a dimensão do *due process of law*, postulando a efectividade do direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas

(573) Esta posição consta do acórdão do TC n.º 556/00, de 13.12.2000 (publicado in: CJA, 35, 2002, pp. 24 ss.), sendo certo que o TC afirmou que perante o artigo 268.º, n.º 5, da CRP, na versão de 1989, «o direito à suspensão da eficácia de um acto administrativo, constituindo um acréscimo garantístico relativamente ao próprio recurso contencioso, [não englobaria] nele a suspensão da eficácia de regulamentos administrativos, circunscrito que era o preceito constitucional aos actos administrativos». E, «apreciando a questão à luz da versão resultante da revisão constitucional de 1997», este Tribunal entendeu que «não [resultaria] da alteração introduzida no n.º 5 do artigo 268.º (...) que fosse intenção do legislador constitucionalizar o recurso às providências cautelares relativamente a normas regulamentares, em respeito ao princípio da tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legítimos dos administrados, pois se a suspensão de eficácia passou a estar prevista no n.º 4 do actual 268.º no âmbito dos concretos actos administrativos, já o mesmo não se [diria] quanto aos regulamentos, visto que, relativamente a estes, o n.º 5 do preceito [cuidaria] exclusivamente do direito a impugnar as normas administrativas com eficácia externa, lesivas dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos».

(3.3.1). Contudo, o TC tem considerado que a invocação de celeridade processual pode justificar a restrição do direito ao processo equitativo e do princípio do contraditório, impondo, em todo o caso, que a restrição não seja desproporcionada, infundada, irrazoável ou intolerável **(3.3.2).** Ainda no quadro da alegação da violação de garantias processuais ao *due process of law*, importa precisar qual é a posição do TC sobre aquelas normas que diferem o contraditório para momento posterior à realização da penhora ou do arresto ou que admitem limitações à realização de certo tipo de prova. Como se verificará, também aqui se invocam razões de celeridade e eficácia para concretizar legítimas restrições ao direito de acesso aos tribunais, especialmente no que concerne à garantia que proíbe a indefesa das partes **(3.3.3).**

3.3.1. Uma consequência do direito de acesso aos tribunais e do direito ao processo equitativo, na dimensão da garantia da igualdade de partes e de imparcialidade do tribunal, foi retirada pelo TC, ao nível da intervenção do Ministério Público (= MP) no processo administrativo. Assim, a propósito das normas da revogada LPTA, que permitiam a presença do MP nas sessões de julgamento no STA e no TCA, o TC veio considerá-las inconstitucionais. Veja-se, a título de exemplo, o acórdão n.º 558/00, processo n.º 144/00, que incidiu sobre a aplicação da norma do artigo 15.º da LPTA (com a redacção resultante da denominada *reforma de Outono* de 1996) e sobre a questão de inconstitucionalidade por a norma não permitir às partes terem conhecimento e discutir qualquer elemento da intervenção do MP no processo, já que a mesma intervenção seria susceptível de influenciar a decisão. Assim, os recorrentes vieram invocar que a norma não seria válida por atentar contra o artigo 20.º, n.ºs 1 e 4, já que tal preceito permitiria ao representante do MP assistir às sessões de julgamento no STA e no TCA e ser ouvido na discussão. Como se sabe, o TC decidiu já em outras situações a favor da inconstitucionalidade da norma ⁽⁵⁷⁴⁾, por violação do direito a um processo equitativo. E voltou a fazê-lo neste aresto, seguindo, pois, o *indirizzo* emergente do direito europeu. Aliás, a jurisdição constitucional, na senda do TEDH, também condena a possibilidade de o MP emitir parecer antes da decisão final, sem que o mesmo seja notificado ao interessado (acórdão n.º 582/00, processo n.º 730/99) ⁽⁵⁷⁵⁾.

⁽⁵⁷⁴⁾ Neste sentido, vd. acórdão n.º 345/99, publ. in: *DR*, II série, de 17.02.2000, e, no mesmo sentido, acórdão n.º 412/00, publ. in: *DR*, II série, de 21.11.2000.

⁽⁵⁷⁵⁾ Assim a propósito da interpretação do artigo 8.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, no sentido de que no recurso jurisdicional da decisão do organismo de segurança social que rejeite a candidatura a adoptante não é necessária a notificação ao recorrente do parecer do Ministério Público, o TC veio considerar que tal interpretação viola o direito ao processo equitativo, na dimensão do direito ao contraditório e da igualdade de armas.

E, por estar em desconformidade com o direito ao processo equitativo, outras são as normas que têm sofrido a censura por parte do TC. Na realidade, o princípio do contraditório e a proibição de indefesa têm também sido aduzidos pela jurisdição constitucional para invalidar um outro grupo de soluções normativas, tais como, a título de exemplo, a condenação *extra vel ultra petitem*, constante do Código de Processo do Trabalho (= CPT), já que esta norma para ser conforme à Constituição deve ser precedida da possibilidade de o interessado alegar o que tiver por conveniente — ou, como se decidiu no acórdão n.º 605/95 (processo n.º 155/90), o artigo 69.º do CPT só não é inconstitucional desde que interpretado no sentido de que a condenação *extra vel ultra petitem* está condicionada pela prévia audição dos interessados na matéria». E, do mesmo modo, a interpretação de certas normas no sentido de que se permite a aplicação de sanção a mandatário que não devolve o processo que tem a seu cargo só não será inconstitucional se existir a prévia notificação do mesmo para justificar a não entrega de processo que tem à sua guarda, bem como só será inconstitucional a interpretação da norma que condena como litigante de má fé se não existir a possibilidade de prévia audição do condenado, pois assim estas interpretações são tidas como contrárias ao direito de acesso aos tribunais, ao princípio da proibição de indefesa e ao princípio do Estado de direito democrático. Ainda assim, importa ter em conta que só não deve compreender-se tais normas desta forma se, como esclarece o TC, no «caso existir celeridade processual, enquanto pressuposto do direito a decisão em prazo razoável que [imponha] o sacrifício total do direito de defesa» (576).

3.3.2. A violação do direito ao julgamento equitativo, do princípio da igualdade de armas e do direito à plena defesa foi também já invocada junto do TC, a propósito de normas que aplicam cominações pela omissão na prática de actos processuais e pela falta de cumprimento de deveres ou ónus. Assim aconteceu no acórdão n.º 223/95, processo n.º 721/93 — um acórdão em que o TC considera que não é contrária à Constituição a interpretação dada ao artigo 89.º, n.º 3, do CPT, no sentido de que a condenação do réu contestante que falta à audiência em processo sumário laboral, pois tal interpretação não contraria autonomamente o artigo 6.º CEDH, nem tão-pouco o direito de acesso aos tribunais, o direito ao processo equitativo ou o princípio de igualdade de armas consagrados na Lei Fundamental (**3.3.2.1.**). E o mesmo disse no acórdão n.º 1193/96, processo n.º 496/96, e no acórdão n.º 646/98, processo n.º 446/97 (**3.3.2.2.**).

(576) Neste sentido, vd., respectivamente, acórdão n.º 362/04, processo n.º 252/04, e acórdão n.º 289/02, processo n.º 324/02.

3.3.2.1. Nas considerações introdutórias fizemos referência ao acórdão n.º 223/95, processo n.º 721/93, para analisarmos o modo como o TC ajuíza, do ponto de vista da CEDH, a constitucionalidade da norma que permite a aplicação de cominações. Retoma-se o aresto para apresentar três ideias: a de que as garantias processuais previstas no artigo 6.º da CEDH podem auxiliar a clarificar o sentido e alcance do direito de acesso ao direito e à justiça, consagrado no artigo 20.º da Constituição, mas não traduzem qualquer padrão autónomo para formular um juízo de constitucionalidade — o que facilmente se entende tendo em conta que, mesmo antes da quarta revisão constitucional, esta solução já resultava implicitamente do próprio direito de acesso aos tribunais. Depois, a ideia de que tal direito não se apresenta como algo absoluto, pois o legislador infra-constitucional pode encolhê-lo por razões razoáveis, sendo certo que, finalmente, para o TC, a celeridade e a boa administração da justiça são razões aceites racionalmente para o efeito.

Ora, a questão da inconstitucionalidade do artigo 89.º, n.º 3, do CPT — que determina a condenação no pedido do réu contestante que falta à audiência de julgamento em processo sumário laboral e que não justifica a falta nem se faz representar por mandatário judicial — foi sobretudo resolvida à luz do direito constitucional português, pois o TC começou por reiterar a consideração de que na CEDH «(*recte*, no seu artigo 6.º) nada se diz que se não contenha já na Constituição da República Portuguesa (*maxime* no seu artigo 20.º). Por isso, o direito a um julgamento equitativo e o princípio da igualdade de armas, que se extraem daquele artigo 6.º [devem ser] tomados em consideração apenas enquanto elementos coadjuvantes da clarificação do sentido e alcance da garantia da protecção jurídica e da via judiciária, consagrada no artigo 20.º da Constituição, e não como padrão autónomo de um juízo de constitucionalidade» (577).

Assim, trazendo à colação o artigo 20.º da Lei Fundamental, cumpriria verificar também se o direito de acesso aos tribunais pode sofrer legítimas limitações. De facto, o Tribunal, citando GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, afirmou que «este direito concretiza-se também através do direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas, ou seja, pela obtenção do órgão jurisdicional competente de uma decisão dentro dos prazos legais pré-estabelecidos, ou no caso de esses prazos não estarem fixados na lei, de um lapso de tempo temporal proporcional e adequado à complexidade do processo». Ora, deste modo, pretendendo significar com isto que «a prontidão na administração da justiça é fundamental para que o direito à tutela judicial tenha efectiva reali-

(577) Sobre este assunto, vd. F. ALVES CORREIA, *Direito constitucional — A justiça constitucional*, Coimbra, 2001, pp. 81 ss., p. 136.

zação [o que exige celeridade processual, com observância dos prazos, tanto pelo juiz, como pelas partes]», o tribunal considerou, em suma, que «pode existir fundamento racional para a diferenciação de regimes, sem que daqui resulte a violação do princípio da igualdade de armas, já que a «ideia de igualdade não recusa toda e qualquer distinção de tratamento, antes e tão-só proíbe as que forem arbitrárias e irrazoáveis, porque carecidas de fundamento material bastante — de um fundamento racional». Enfim, o Tribunal afirmou que «o princípio da igualdade (*recte*, o princípio de igualdade de armas) apenas proíbe que as situações da vida semelhantes recebam tratamento diferenciado que se não justifique nas diferenças existentes entre elas. Ou seja: proíbe o arbítrio ou o capricho do legislador, pois que este, no exercício da sua liberdade de conformação, há-de orientar-se sempre por critérios racionais — há-de agir racionalmente, editando normas razoáveis, pois que a lei só será direito se for uma racionalidade».

3.3.2.2. Enfim, o processo equitativo e leal deve assegurar a cada uma das partes o poder de expor as suas razões de facto e de direito perante o tribunal antes que este tome a sua decisão. A propósito da garantia ao processo justo e a do direito à plena defesa, importa invocar o acórdão n.º 1193/96, processo n.º 496/96, sendo que, mais uma vez, a propósito da questão da inconstitucionalidade do artigo 89.º, n.º 3, do CPT (que determina a condenação no pedido do réu contestante que falta à audiência de julgamento em processo sumário laboral e que não justifica a falta nem se faz representar por mandatário judicial), por violar o direito de acesso aos tribunais e o direito de defesa, o TC veio declarar que tal interpretação não viola o direito de acesso aos tribunais, nem o princípio do contraditório⁽⁵⁷⁸⁾. Antes pelo contrário, é de novo a invocação da celeridade e efectividade processual que justifica a moderação de tais garantias. E, quanto à questão da harmonização da norma em causa com o princípio do contraditório, o TC entendeu que a compatibilidade existe, não obstante o princípio do contraditório «ser uma exigência do Estado de Direito».

Como apontou, «este processo tem que ser um *due process of law*, um processo equitativo e leal. E isso exige, não apenas um juiz independente e imparcial — um juiz que, ao dizer o direito do caso, o faça mantendo-se alheio, e acima, de influências exteriores, a nada mais obedecendo do que à lei e aos ditames da sua consciência — como também que as partes sejam colocadas em perfeita paridade de condições, desfrutando, portanto, de idênticas pos-

⁽⁵⁷⁸⁾ Neste sentido, vd. acórdão n.º 264/94 (publ. in: *DR*, II série, de 19.07.1994) e acórdão n.º 223/95 (publ. in: *DR*, II série, de 27.7.1995).

sibilidades de obter justiça que lhes é devida». Todavia, o TC também entendeu que «não é irrazoável que o legislador presuma que o réu confessa, com o seu desinteresse, o pedido do autor», já que a cominação não é produto de decisão legislativa arbitrária ou caprichosa. É que, como reafirma o TC, o direito de acesso aos tribunais concretiza-se também «através do direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas, ou seja, pela obtenção do órgão judicial competente de uma decisão dentro dos prazos legais preestabelecidos, ou no caso de esses prazos não estarem fixados na lei, de um lapso de tempo proporcional e adequado à complexidade do processo» — tendo voltado a citar a mesma obra de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. Assim, resumindo, «a prontidão na administração da justiça é, de facto, fundamental para que o direito à tutela judicial tenha efectiva realização. E isso exige celeridade processual, com observância dos prazos, tanto pelo juiz, como pelas partes». Neste sentido, fácil é concluir que o princípio da defesa, enquanto princípio estruturante do processo e enquanto exigência do princípio do Estado de direito, não exclui que o legislador lance mão de cominações, tanto mais quanto se impõe realizar racionalmente outros valores, como o da eficácia e celeridade processuais.

3.3.3. No contexto do direito ao processo equitativo ou processo justo, cumpre saber em que termos avalia o TC da compatibilidade da concretização de restrições à plena contraditoriedade, especialmente no que concerne à realização de prova. Na verdade, a explicação do que deve entender-se por *due process of law* também se encontra em jurisprudência do TC, que, versando sobre o mesmo quadro de violações de garantias processuais ínsitas no direito de acesso aos tribunais, vem aduzir valores de celeridade e prontidão na administração da justiça para justificar os desvios à contraditoriedade processual. Assim, neste contexto, cumpre realçar aquela jurisprudência do TC que incide sobre normas que diferem o contraditório para momento posterior à realização da penhora ou do arresto, e cuja interpretação é considerada pelo Tribunal conforme com a Lei Fundamental, uma vez que também aqui se apela, mais uma vez, a razões de celeridade e eficácia para concretizar legítimas restrições ao direito de acesso aos tribunais. Ainda assim, na esteira da jurisprudência europeia, para a jurisprudência constitucional portuguesa, nem todas as limitações são de admitir ao princípio da igualdade de partes e ao direito ao processo equitativo.

Atentemos, assim, num primeiro momento, no aresto n.º 259/00, processo n.º 103/2000. Lembremos também o acórdão n.º 337/99 (publ. no *DR*, II série, de 22.07.1999) (**3.3.3.1.**). De qualquer modo, a garantia ao prazo razoável surge como justificador da consagração de desvios ao contraditório. Aliás, concretamente no que se refere à produção de prova, o Tribunal Constitucio-

nal tem entendido que o direito de defesa e o princípio do contraditório não implicam necessariamente a admissibilidade de todos os meios de prova permitidos em qualquer tipo de processo e independentemente do objecto do litígio, sendo que, com a ressalva da restrição proporcionada e adequada, a jurisdição constitucional não exclui totalmente a possibilidade de introdução de limitações quantitativas na produção de certos meios de prova — designadamente à admissibilidade de prova testemunhal (acórdãos n.º 209/95, processo n.º 133/93, e n.º 604/95, processo n.º 356/94) ⁽⁵⁷⁹⁾ **(3.3.3.2.)**.

⁽⁵⁷⁹⁾ Assim, no acórdão n.º 209/95, processo n.º 133/93, a propósito da questão invocada da inconstitucionalidade do artigo 73.º, n.º 2, do Código das Expropriações de 1976 (Decreto-Lei n.º 845/76, de 11 de Dezembro), já que a mesma dispõe que, no recurso da arbitragem, o recorrente deve expor logo as razões da discordância com a decisão, oferecendo todos os documentos, requerendo as demais provas e designando o seu perito, não sendo admissível a prova testemunhal, sem prejuízo de o juiz poder requisitar qualquer pessoa para depor, sempre que o repute indispensável. Nesta sequência, o recorrente sustenta que tal proibição é inconstitucional, opondo-se ao artigo 62.º, n.º 2, e artigo 13.º da Lei Fundamental. Neste contexto, o TC considerou que «a norma transcrita não veda em absoluto a produção de prova testemunhal, admitindo-a apenas quando tal for considerado indispensável pelo juiz de primeira instância, enquanto tribunal de recurso da arbitragem». Na verdade, tal norma «confere ao juiz o poder discricionário de ouvir certos depoimentos, não atribuindo nem ao recorrente nem ao recorrido o direito de produzir prova testemunhal». Sustentou o acórdão recorrido do Tribunal da Relação de Évora que a limitação encontra justificação no tipo de matéria que é apreciada, já que esta exige conhecimentos especiais, sendo que a lei pressupõe que se deve dar preferência a peritos em detrimento de testemunhas. Ora, o TC concordou com tal apreciação, pelo que, não se configurando a necessidade de prova testemunhal por falhar a pericial, não houve violação de preceitos constitucionais. Além disso, o TC esclareceu que «o direito de acesso à justiça comporta indiscutivelmente o direito a produção de prova (...). Tal não significa, porém, que o direito subjectivo à prova implique a admissão de todos os meios de prova permitidos em direito, em qualquer tipo de processo e relativamente a qualquer objecto de litígio, ou que não sejam possíveis limitações quantitativas na produção de certos meios de prova (por exemplo, limitação a número máximo de testemunhas arroladas por cada parte)». E, continuando o mesmo raciocínio, o TC confirmou que «basta percorrer as normas do direito probatório constantes do Código Civil ou Código de Processo Civil para verificar que há diversas proibições de utilização de certos meios de prova cuja constitucionalidade nunca foi posta em causa. Assim, quanto à prova confessória, há casos em que a lei a considera insuficiente para provar certos factos (...). Também quanto à prova testemunhal, a mesma é considerada inadmissível quando a declaração negocial tiver de ser reduzida a escrito ou tiver de ser provada por documento ou outro meio com força probatória plena». Enfim, «em muitos destes casos, a inadmissibilidade estabelecida pela lei, de prova testemunhal tem como fundamento o juízo do legislador sobre as graves consequências de um testemunho inverídico, dada a especial falibilidade desse meio probatório. Tais casos de inadmissibilidade têm, porém, natureza excepcional e não-de ter uma justificação racional». O TC refere, em suma, que «a opção do legislador constante da norma impugnada não se afigura arbitrária ou irrazoável (...), [afigurando-se] que não é desproporcionada ou arbitrária a solução limitativa constante do n.º 2 do artigo 73.º do Código das Expropriações de 1976, porque tem justificação material, atendendo à natureza do litígio e à fase processual de recurso em que ocorre a mesma limitação». No mesmo sentido, veja-se o acórdão n.º 604/95, processo n.º 356/94, no qual o TC veio reiterar a opinião de que tal preceito não viola os artigos 13.º, 20.º, n.º 1, e 62.º, n.º 2, da CRP.

3.3.3.1. Atentemos no acórdão n.º 259/00, processo n.º 103/2000, que versou sobre a questão da inconstitucionalidade da norma constante do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 274/97, de 8 de Outubro (que manda aplicar os termos do processo sumário à execução para pagamento de quantia certa, de valor não superior à alçada dos tribunais de primeira instância, mesmo fundada em título extrajudicial, e em que não sejam penhorados imóveis ou estabelecimento comercial), já que o mesmo pode violar, em termos desproporcionais e constitucionalmente ilegítimos, o princípio do contraditório, inerente ao direito de acesso aos tribunais, afirmado pelo artigo 20.º da CRP. Como evidencia este acórdão do TC, a tramitação deste tipo de processo sumário de execução inclui três tipos de «peculiaridades», sendo que a primeira se traduz no facto de caber exclusivamente ao exequente o direito de nomear bens à penhora, a segunda consiste em a penhora ser ordenada e efectuada sem que o executado seja citado e a terceira concerne ao facto de o contraditório sobre a admissibilidade da própria execução ser diferido para momento posterior à realização da penhora. Enfim, a questão da constitucionalidade da norma foi colocada, porque, na verdade, como só depois de notificado do requerimento executivo e, simultaneamente, do despacho que ordena a penhora e da realização da mesma pode o executado defender-se, tal norma pode atentar contra o princípio do contraditório — garantia inerente ao direito de acesso aos tribunais e derivação directa de um Estado de Direito Democrático.

Neste contexto, recorrendo constantemente à invocação de jurisprudência anterior proferida a este propósito, o TC explicitou que «o direito de acesso aos tribunais é, entre o mais, o direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com a observância das garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes aduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de uma e outras. E, voltando a invocar jurisprudência anterior, reforçou «a ideia de que, no Estado de Direito, a resolução judicial de litígios tem que fazer-se sempre com observância de um *due process of law*», sendo que o princípio da igualdade de partes e o princípio do contraditório «possuem dignidade constitucional, por derivarem, em última instância, do princípio do Estado de Direito», constituindo «directa emanação do princípio da igualdade».

Contudo, também aqui, o direito de acesso aos tribunais é compreendido como direito passível de limitação. E as razões que suportam tal possibilidade correspondem, para o TC, à necessária celeridade e eficácia do processo. Com efeito, para o TC é também claro que «as partes num processo têm, pois, direito a que as causas em que intervêm sejam decididas em prazo razoável e mediante processo equitativo. É que, [como em outra altura o próprio

TC sublinhou] (...) a prontidão na administração da justiça é fundamental para que o direito à tutela judicial tenha efectiva realização, pois quando a sentença é tardia, corre-se o risco de já não se fazer justiça. (...). Portanto, o direito de acesso aos tribunais também se concretiza através do direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas». E, continuando o mesmo raciocínio e invocando jurisprudência anterior, o TC mencionou que a «prontidão na administração da justiça reclama celeridade processual, embora [não podendo] exagerar-se nessa preocupação de celeridade, pois a rapidez excessiva, que se traduzisse num ritmo trepidante, prejudicaria a ponderação das partes e a do próprio tribunal, podendo comprometer o acerto da decisão, quando o certo é que a finalidade primeira do processo é fazer justiça. De todo o modo, a celeridade processual deve ser uma preocupação não apenas do juiz, mas também do legislador. E por isso, [como se decidiu em outro acórdão] ela justifica a adopção de mecanismos que desencoragem as partes de adoptar comportamentos capazes de conduzir ao protelamento indevido do processo». Neste sentido, o TC considerou que a regra que consagra o contraditório diferido para momento posterior ao da efectivação da penhora não atenta contra o princípio do contraditório, ínsito no direito de acesso aos tribunais, já que este é observado na execução, mas só depois de feita a penhora; não antes do desapossamento que esta implica.

3.3.3.2. Como se conclui, «são, pois, razões de eficácia, a exigir a celeridade processual, que fundamentam o apontado desvio à regra da audição prévia. De resto, porque tais decisões têm natureza provisória, o TC concordou com a apontada razoabilidade desta solução, visto que, para além do mais, ela só vale para as dívidas de pequeno valor, que estejam documentadas, tendo concluído que o diferimento do contraditório não limita, nem restringe, de forma intolerável ou demasiadamente acentuada, o direito de defesa do executado, ao que acresce as razões de eficácia e de celeridade que o justificam ⁽⁵⁸⁰⁾ — o mesmo acontecendo nos processos cautelares, sendo que em relação a estes, *maxime* em relação ao procedimento de arresto, o TC já afirmou (no seu acórdão n.º 337/99, publ. no *DR*, II série, de 22.07.1999) «não haver violação do direito de acesso aos tribunais, em virtude de a defesa contra o despacho judicial que decreta o

⁽⁵⁸⁰⁾ É certo que este argumento não é partilhado por todos os Juízes, pois este acórdão traz duas declarações de vencido, por considerarem que nesta norma, dada a interpretação que lhe foi dada, existe violação do princípio do contraditório. Exactamente no mesmo sentido do acórdão trabalhado no texto, vai a jurisprudência constitucional vertida no acórdão n.º 162/00, processo n.º 657/99, no qual a Instância Constitucional vem aceitar o diferimento do contraditório por razões de celeridade processual e eficácia jurisdicional, desde que não se restrinja intoleravelmente o direito de defesa.

arresto estar sempre assegurada, seja por recurso, seja por oposição de embargos» (581). Na verdade, segundo uma abundante jurisprudência constitucional portuguesa, o princípio do contraditório e o direito de defesa não são violados por normas que no domínio dos processos cautelares dispensam a audição do requerido antes de decretada a providência ou que o diferem para momento posterior, existindo razões de eficácia da decisão e razões de urgência no decréto da providência que justifiquem tal desvio.

Aliás, a propósito da inconstitucionalidade da interpretação do artigo 1484.º-B do CPC, no sentido de que o pedido de suspensão do titular de órgãos sociais pode ser decidido imediatamente, sem realização de audição prévia, tendo por base a prova não contraditada e simplificada, que é junta ao requerimento inicial, o TC entendeu que tal interpretação não contraria o princípio do contraditório — tal como, de resto, acontece nos processos cautelares em geral. Assim disse o TC no acórdão n.º 131/02, processo n.º 346/01, que tal alegação «é manifestamente infundada». Com efeito, neste aresto, a jurisprudência constitucional que versa sobre o tema da realização do contraditório no seio dos processos cautelares foi totalmente reiterada, tendo de novo afirmado que «não violam tal princípio normas que, no domínio das providências cautelares, dispensam, por razões de garantia da eficácia da decisão a proferir na acção principal, a audição do requerido antes de ser decretada a medida solicitada». Ademais, como o próprio Tribunal menciona «mesmo fora deste domínio, o TC já considerou igualmente não violadoras desse princípio normas que igualmente diferem o contraditório, seja por estarem em causa decisões meramente provisórias, seja por razões de celeridade e de eficácia» (582). De qualquer modo, importante é que não haja um sacrifício manifestamente desproporcionado do contraditório (583).

Assim, concluindo, o TC afirmou que «se é verdade que o juiz não pode, em regra, tomar qualquer providência contra determinada pessoa, sem que ela seja previamente ouvida, excepcionalmente, porém, pode o juiz diferir a

(581) Sobre este assunto, vd. tb. acórdão n.º 739/98, publ. in: *DR*, II série, de 08.03.1999; acórdão n.º 598/99, publ. in: *DR*, II série, de 20.03.2000; acórdão n.º 131/02, processo n.º 346/01; e acórdão n.º 373/02, processo n.º 899/98.

(582) Neste sentido, vd. acórdãos n.ºs 160/00, 259/00 ou 522/00, publ. no *DR*, II série, de 10.10.2000, 07.11.2000 e 31.01.2001.

(583) Neste sentido, vd. acórdãos n.ºs 739/98 e 598/99, publ. in: *DR*, II série, de 08.03.1999 e 20.03.2000. Este último pronunciou-se no sentido da constitucionalidade da norma que proíbe a audição prévia do requerido no caso da restituição provisória de posse, uma vez que se aceita que, em geral, na justiça cautelar tal princípio tenha de ceder por razões de eficácia de determinadas medidas judiciais, principalmente quando elas podem ser «inoperantes se precedidas de audiência da parte contra quem são requeridas». Não se considera, pois, que haja um sacrifício desproporcionado do contraditório.

audição do requerido para momento ulterior ao decretamento da providência peticionada. Necessário é, contudo, que o diferimento da audiência se possa justificar materialmente por razões de eficácia e de celeridade, [exigindo-se, ainda assim, que ele] não limite ou restrinja, de forma intolerável o direito de defesa». Aliás, o mesmo raciocínio é feito pelo Tribunal a propósito da fixação de prazos, uma vez que não se pode impor às partes prazos para a realização de actos processuais tão curtos que envolvam uma diminuição arbitrária ou excessiva dos seus direitos de defesa.

3.4. Sobre o direito ao processo temporalmente justo e o tema da garantia processual à prolação de decisão jurisdicional em prazo razoável, o TC não tem tido muita ocasião de se pronunciar. Aliás, a posição do TC sobre este assunto encontra-se sobretudo na jurisprudência que versa sobre o direito de acesso ao direito e aos tribunais, especialmente naquela que foi ditada a propósito de certas garantias processuais fundamentais, ínsitas nesse direito consagrado no artigo 20.º da CRP. E, de facto, há, um conjunto de acórdãos do TC que tratam *à peu près* este assunto, destacando-se, em primeiro lugar, aqueles acórdãos que, não obstante não pretenderem esclarecer o conceito de prazo razoável, fazem referência a esta garantia para justificar a consagração legal de limitações ao direito de acesso aos tribunais — como bem se percebe, pelas ideias desenvolvidas até ao momento nesta parte da dissertação.

Entre essa jurisprudência está aquela em que o TC decide em sentido negativo à questão da inconstitucionalidade de normas que aplicam cominações pela omissão na prática de actos processuais e pela falta de cumprimento de deveres ou ónus, uma vez que a interpretação dada às mesmas normas não contraria, no seu entender, o direito de acesso aos tribunais, nem o direito ao processo equitativo, nem o princípio do contraditório. Antes pelo contrário, como se apontou, é a necessária prontidão na administração da justiça (ou celeridade processual, ou garantia ao prazo razoável) que justifica, para o TC, o acolhimento na lei ordinária de limitações àqueles direitos. E o mesmo acontece em jurisprudência que versa sobre o problema das custas processuais e cálculo de custas.

Assim, a propósito da posição do TC sobre o direito à prolação de sentença em prazo razoável, importa propor os acórdãos em que se alega a inconstitucionalidade de certa norma, cuja interpretação violaria o direito a decisão jurisdicional em prazo razoável. Assim, a propósito do pagamento de custas essa questão foi directamente formulada e não foi respondida, nem no acórdão n.º 708/205 (processo n.º 557/05) nem no acórdão n.º 363/07, processo n.º 740/2003 (**3.4.1.**). E o mesmo aconteceu no acórdão n.º 248/02, processo n.º 89/2002, sendo certo que o TC não esclareceu o que deve entender-se por direito a decisão jurisdicional em prazo razoável (**3.4.2.**). E, em segundo

lugar, aduzimos o acórdão n.º 321/2006, processo n.º 1043/2005, sendo que também neste aresto não há expressa menção a tal garantia processual (3.4.3).

3.4.1. Quanto a esta pergunta, que é directamente formulada, no sentido de saber se certa norma cuja interpretação atenta contra o direito a decisão judicial em prazo razoável, o TC negou-se a dizer o que entendia por direito a decisão em prazo razoável. Assim aconteceu a propósito das normas constantes do CCJ (artigos 4.º, n.º 1, 53.º, n.º 4, e 306.º, n.º 2, do CPC), que fixam as fórmulas a seguir para apurar as contas de custas, sendo que o TC foi solicitado a pronunciar-se sobre a violação do princípio da confiança, da igualdade e o do Estado de Direito Democrático e a violação do direito de acesso à justiça (acórdão n.º 708/2005, processo n.º 557/05). Se é certo que o particular alegou que a interpretação do artigo 53.º, n.º 4, do CCJ (no sentido de que ele obriga a considerar os juros vencidos na pendência da acção para efeitos de determinação do valor tributário) levaria a que processos com o mesmo valor fossem tributados diferentemente só porque factores de morosidade estranhos às partes produzissem durações distintas, violando o direito de acesso à justiça, na sua vertente do direito a obter uma solução em prazo razoável, por a morosidade da justiça consubstanciar para as partes um encargo acrescido nas custas a suportar, o TC nada disse sobre o que se deveria considerar prazo razoável para este efeito ⁽⁵⁸⁴⁾.

3.4.2. E o mesmo aconteceu no acórdão n.º 248/02, processo n.º 89/2002, uma vez que o TC não respondeu à pergunta. Ela refere-se à consideração da ilegalidade na interposição de recurso *ex vi* do § 4 do artigo 57 do Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo (= RSTA), já que tendo o despacho impugnado anulado parcialmente o procedimento classificatório não decidiu do mérito da classificação do recorrente, consequentemente não podendo aquele despacho ser perspectivado como acto lesivo susceptível de impugnação contenciosa. Entre outros aspectos, o recorrente invocou que a interpretação daquela norma viola vários preceitos da Constituição, incluindo o princípio de acesso à tutela jurisdicional efectiva, constante dos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP, bem como os princípios da separação de poderes e da independên-

⁽⁵⁸⁴⁾ A este propósito, em sede de recurso, o Tribunal da Relação considerou que «o direito a obter uma solução judicial em prazo razoável não [colidiria] com o que se passou, o que a recorrente [invocou] e os efeitos contra que [reagiu.] [sendo que até] pode ter sido violada [tal garantia], visto o tempo, certamente exagerado, em que o processo ficou pendente, mas não pela contagem dos juros que foi feita. Como se disse, em contrário do invocado, os juros tidos em conta foram só os vencidos até à remessa à conta, a qual ocorreu pouco depois do termo da pendência da acção».

cia dos tribunais. E, especialmente, entendeu o recorrente que tal disposição atenta contra o princípio da decisão judicial em prazo razoável, pois obriga-o a reiniciar a via contenciosa na sequência do reinício da via administrativa, restringindo intoleravelmente o direito dos cidadãos a uma tutela jurisdicional efectiva e o direito a uma decisão em prazo razoável, constantes dos artigos 20.º, n.º 4, e 268.º, n.º 4, da CRP.

E, especialmente neste contexto, o TC deu uma resposta em sentido negativo a tal questão, tendo afirmado que «não se [percebia] em que é que uma tal dimensão interpretativa [pudesse] contender com o princípio da obtenção de uma decisão judicial em prazo razoável». Na verdade, «aquele princípio, consagrado no n.º 4 do artigo 20.º da vigente versão da Lei Fundamental (e que já, por alguma doutrina, antes da actual redacção da Constituição, era algo que decorria do direito de acesso aos tribunais — assim, *verbi gratia*, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (...), aponta para que, quando os cidadãos recorram aos tribunais para defenderem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos, venham a obter, da parte destes órgãos de administração de justiça, uma decisão sem dilações indevidas, ou seja, um pronunciamento, sobre a acção ou recurso que intentaram ou interpuseram, dentro de um prazo razoável e proporcionado à complexidade do processo, designadamente, dentro dos prazos que se encontrarem estabelecidos para formação e proferimento da decisão nas cabidas leis processuais». Ainda nesta sequência lógica, o Tribunal Constitucional nada mais veio a acrescentar a propósito dos parâmetros de concretização do conceito de prazo razoável. É certo que a Constituição também o não faz.

3.4.3. Consideremos, agora, o acórdão n.º 321/2006, processo n.º 1043/05, que versa sobre a aplicação de certas normas do Regime Geral das Infracções Tributárias (*maxime* o artigo 47.º, n.º 1) na interpretação segundo a qual o processo penal tributário se suspende até que transitem em julgado as sentenças que venham a ser proferidas nos processos de impugnação judicial ou oposição à execução que estejam a correr. Segundo tal interpretação, há uma impossibilidade de ser «proferida no processo crime uma decisão jurisdicional em prazo razoável como impõe o artigo 20.º, n.º 1, e artigo 6.º, § 1, da CEDH» e há uma violação do artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, uma vez que, permitindo a suspensão do processo penal tributário, impede o julgamento do arguido no mais curto prazo compatível com as garantias da defesa. A propósito do direito a decisão judicial em prazo razoável, o TC nada diz ⁽⁵⁸⁵⁾.

⁽⁵⁸⁵⁾ Já no acórdão n.º 212/00, processo n.º 596/99, pronunciando sobre a questão da inconstitucionalidade da interpretação do n.º 2 do artigo 101.º do CPP, no sentido de que a opção

§ 2. PROCESSO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO: A EUROPEIZAÇÃO DOS REMÉDIOS

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. A perspectiva europeia. 2. A perspectiva dos Estados signatários da CEDH. 3. A perspectiva nacional

0. Introdução

Do mesmo modo que o direito ao processo efectivo e temporalmente justo tem, cada vez mais, assento na Lei Fundamental dos Estados europeus, como se deixou exposto no capítulo anterior, também os seus mecanismos de protecção começam de modo gradual a aparecer consagrados nos respectivos ordenamentos jurídicos internos. Em abono da verdade, a *europização* do direito administrativo e do direito processual administrativo não acontece somente no que respeita à afirmação de existência do direito ao processo efectivo e temporalmente justo. Ela incide também no momento da previsão das garantias de efectivação desse direito.

De acordo com uma leitura actualizada do artigo 13.º da CEDH, incumbe aos Estados proporcionar aos seus cidadãos recursos (mecanismos ou processos judiciais preventivos ou repressivos) que sejam efectivos e adequados a assegurar o direito ao processo temporalmente justo (previsto no artigo 6.º, § 1, daquela Convenção). E, com efeito, a consagração nos panoramas legislativos nacionais de remédios preventivos e repressivos do direito à prolação de

pela gravação áudio das declarações prestadas em audiência e a sua não transcrição para a acta de julgamento seria susceptível de violar o princípio da celeridade, previsto no n.º 5 do artigo 20.º, da tutela efectiva e o direito ao recurso, o TC veio realçar o valor da celeridade processual, admitindo que tal valor deve ter em conta as garantias do processo justo. Assim, afirmou que «o direito a um julgamento célere estava já, como está, consagrado no artigo 32.º, n.º 2, *in fine*, da CRP, especificamente reportado ao processo criminal e, genericamente, considerava-se compreendido no artigo 20.º, n.º 1, o que, em termos expressos, veio a ser disposto no n.º 4 do mesmo artigo, como direito a uma decisão em prazo razoável, com a revisão de 97». E também se diz que «não está assim em causa que a CRP consagre como direito fundamental do arguido o de ser julgado no mais curto prazo. Trata-se, de resto, do reconhecimento de que a prontidão na administração da justiça é fundamental para que o direito à tutela judicial tenha efectiva realização. E se essa prontidão é, em todos os casos, exigível, mais ela se impõe no processo criminal, desde logo na defesa dos direitos do arguido que, embora presumivelmente inocente até trânsito em julgado da decisão condenatória — e o julgamento no mais curto prazo é uma dimensão do princípio da presunção de inocência — não deixa de sofrer os efeitos lesivos que a pendência do processo criminal provoca. A celeridade não é contudo uma imposição absoluta, havendo, desde logo, de compatibilizá-la com as garantias de defesa e as exigências de um processo justo e equitativo que permita, antes do mais, a averiguação da verdade material e uma decisão ponderada».

sentença em prazo razoável, sob a égide do Conselho da Europa constitui mais uma das dimensões da *europização* do direito administrativo e do direito processual administrativo que aqui cumpre evidenciar. Como vimos, é o próprio sistema de protecção europeu que exige que a garantia processual do prazo razoável seja realizada pelos Estados contratantes, sendo que tal tipo de sistema de mecanismos de protecção e efectivação deve ser criado à imagem do sistema dos remédios de matriz europeia, cabendo, em todo o caso, ao Tribunal de Estrasburgo avaliar se tal sistema doméstico de garantias se deve considerar verdadeiramente efectivo. Neste contexto, cumpre, pois, perceber em que termos está previsto o sistema europeu de protecção do direito ao processo temporalmente justo (1.).

E, assim, reconhecido o carácter subsidiário do papel do TEDH na realização desta missão, importa compreender, de seguida, a partir de uma perspectiva de direito comparado, em que moldes os diversos Estados Signatários da CEDH têm vindo a concretizar a favor dos seus nacionais as respectivas garantias do prazo razoável, mormente em matéria de reparação de danos decorrentes da violação do direito ao processo temporalmente justo. A este propósito, apraz sublinhar que, tanto em França como em Espanha, foi a partir do direito substantivo e processual existente que o juiz nacional encontrou uma solução para compensar as vítimas do mau funcionamento do serviço de justiça. Em Itália, o legislador decidiu criar um mecanismo de ressarcimento próprio para este tipo de situações. É incontestável, contudo, que o juiz europeu vai fixando novos graus de exigência, que os juízes nacionais têm que ter em conta, em cada momento, mesmo quando pensam que são suficientes os passos já dados (2.).

Entre nós, a resposta para o problema da reparação de danos decorrentes da violação do direito ao processo temporalmente justo foi encontrada pela jurisprudência dos tribunais administrativos, tendo sido iniciada no final da década de oitenta pelo Supremo Tribunal Administrativo. Contudo, o caminho, entretanto, percorrido pelo STA e mais recentemente pelo TCA não pode considerar-se terminado. Se os mecanismos internos de ressarcimento das vítimas do defeituoso funcionamento do serviço de administração de justiça adquiriram já certeza e suficiência perante os órgãos da Convenção, falta saber se manterá a mesma eficácia depois de entrar em vigor o novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, na vertente da violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável (RRcivilEE) (3.).

1. A perspectiva europeia

Como deixámos assinalado nas considerações introdutórias, o sistema originário de protecção do direito a uma decisão judicial em prazo razoável tem

natureza convencional, fundamentalmente ascendência europeia e sede em Estrasburgo, assentando no princípio da subsidiariedade. Ainda assim, tendo cabido àqueles órgãos o papel central nessa missão, parece ter chegado finalmente a hora de os Estados contratantes assumirem a sua natural obrigação **(1.1.)**. E, assim, por força de uma nova leitura do artigo 13.º da CEDH, assiste-se a uma alteração de papéis na defesa da garantia processual prevista no artigo 6.º, § 1, da CEDH. Neste domínio, o TEDH vai confiando às entidades nacionais — *maxime* ao juiz nacional ⁽⁵⁸⁶⁾ — essa tarefa.

Se bem compreendemos a fundamentação da jurisprudência *Kudła c. Polónia/2000*, o TEDH não se resumiu apenas a eleger o artigo 13.º da CEDH como «antídoto» ⁽⁵⁸⁷⁾ imediato contra os efeitos perversos resultantes do Protocolo n.º 11 — que, como sabemos, ao atribuir ao TEDH competência para julgar todo o contencioso do prazo razoável, quase provocou a sua asfixia. Na verdade, julgamos que o TEDH quis, como já confirmou no processo *Paulino Tomás c. Portugal/2003*, proceder a uma clara alteração de orientação jurisprudencial quanto ao papel que o artigo 13.º da CEDH deve passar a desempenhar no sistema do contencioso europeu da garantia do prazo razoável — devendo interpretar-se em concordância com o artigo 35.º, § 1, da Convenção ⁽⁵⁸⁸⁾. O Estado contratante tem que reforçar o sistema interno de remédios que protejam e assegurem a concretização do direito ao processo temporalmente justo, sob pena de violar a Convenção duas vezes **(1.2.)**.

Enfim, é por isso que se acentua a ideia de que, se durante muito tempo os órgãos da Convenção foram os únicos a realizar a protecção do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, hoje em dia, o principal defensor do direito ao processo temporalmente justo, tanto em teoria como no plano dos factos, é (e deve ser cada vez mais) o juiz nacional. E o contencioso de ressarcimento do dano resultante da violação do prazo razoável é um dos dois tipos de garantias que gradualmente vai sendo confiado ao juiz administrativo nacio-

⁽⁵⁸⁶⁾ Esta interpretação construtiva do artigo 13.º da CEDH, que permite concluir que esta regra garante aos cidadãos dos Estados contratantes um recurso efectivo perante uma instância nacional para efectivação da garantia ao processo equitativo, vem sendo confirmada por jurisprudência mais recentemente. Com efeito, a «jurisdicalização» do artigo 13.º da CEDH é mesmo afirmada no caso *Z. e o. c. Reino Unido/2001*, uma vez que o Tribunal entendeu que à luz do artigo 13.º «as vias judiciais devem proporcionar sólidas garantias de independência, de acesso das vítimas ao processo, bem como de execução de decisões de indemnização».

⁽⁵⁸⁷⁾ Neste sentido, cumpre verificar, sobretudo, J.-F. FLAUSS, «Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable: un revirement de jurisprudence historique», RTDH, 2002, p. 180.

⁽⁵⁸⁸⁾ Neste sentido, P. FRUMER, «Le recours effectif devant une instance nationale pour dépassement du délai raisonnable. Un revirement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», JourTDE (n.º 77 — 9.º année), 2001, p. 52.

nal, deixando para o juiz de Estrasburgo a intervenção subsidiária, que é, aliás, mais conforme à sua original vocação. O TEDH não abdica, no entanto, de avaliar se tais recursos internos são úteis e eficazes à luz do artigo 13.º — e, portanto, esgotáveis nos termos do artigo 35.º, § 1, da CEDH —, já que há uma ligação lógica entre os conceitos de recurso efectivo e esgotamento de vias internas (processo *Paulino Tomás c. Portugal/2003*) (1.3.).

1.1. Como se alinhavou, o sistema originário de protecção do direito a uma decisão judicial em prazo razoável tem natureza convencional, fundamentalmente ascendência europeia e sede em Estrasburgo. Assenta no princípio da subsidiariedade, sendo certo que tal sistema baseia-se na regra de que cabe aos Estados prevenir e remediar previamente a violação alegada, através de recursos úteis e efectivos que devem proporcionar aos seus cidadãos, nos termos do artigo 13.º da Convenção, e assenta também no imperativo de que os recursos dirigidos aos órgãos da Convenção não podem ser accionados senão em momento posterior ao esgotamento daquelas vias internas existentes, sob pena de tais requerimentos dirigidos aos órgãos da Convenção (e, actualmente, ao TEDH) serem rejeitados, nos termos do regime previsto nos artigos 34.º e 35.º, § 1, da CEDH (que corresponde à antiga disciplina prevista no artigo 26.º da CEDH) ⁽⁵⁸⁹⁾.

E este sistema — um sistema que, nos termos da Convenção (artigos 34.º, 35.º, § 1, e 41.º, correspondente ao antigo artigo 50.º), permite aos indivíduos recorrer ao TEDH para solicitar a atribuição de uma reparação razoável pelos prejuízos causados, no caso de o direito interno de um Estado não permitir, senão imperfeitamente, obviar às consequências decorrentes da violação do artigo 6.º, § 1, da Convenção, e que tem desembocado amiúde no reconhecimento da violação daquele preceito e na consequente condenação dos Estados contratantes a reparar as vítimas lesadas — está cada vez mais a funcionar. E assim é porque os Estados têm procedido ao reajustamento dos seus sistemas de defesa do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, deixando para o TEDH o papel secundário. E tal reajustamento deve-se, ainda que não exclusivamente, a um novo entendimento jurisprudencial do artigo 13.º da CEDH — que consagra o direito a um recurso efectivo, segundo o qual qualquer pessoa, cujos direitos ou liberdades reconhecidos na Convenção sejam ameaçados, tem direito a um *recurso* perante uma instância nacional, mesmo quando a vio-

⁽⁵⁸⁹⁾ Sobre este assunto, vd. FAUSTO DE QUADROS, «O princípio da exaustão dos meios internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a ordem jurídica portuguesa», ROA, ano 50, 1990, pp. 119 ss.

lação tiver sido cometida por entidades que actuem no exercício das suas funções oficiais ⁽⁵⁹⁰⁾.

Tradicionalmente, os órgãos da Convenção consideravam que do artigo 13.º da CEDH não resultava para o Estado signatário a obrigação de este instituir mecanismos especiais, incluindo a criação de entidades ou a previsão de recursos jurisdicionais que devessem estar a cargo de autoridades judiciárias, para averiguar se a garantia processual do prazo razoável (prevista no artigo 6.º, § 1) seria ou não cumprida pelos tribunais nacionais ⁽⁵⁹¹⁾. Pelo que, existindo violação desta garantia, a condenação do Estado contratante a compensar equitativamente as vítimas pelos prejuízos decorrentes do incumprimento da obrigação imposta pelo artigo 6.º, § 1, da Convenção sintetizava o meio de defesa mais eficaz dessa garantia, não podendo o Estado ser também condenado por não proporcionar aos seus nacionais remédios ou recursos internos eficazes para tutela efectiva de tal garantia processual.

A figura de «parente pobre» que foi sendo representada pelo artigo 13.º, no contexto do sistema do prazo razoável, só viria a ser definitivamente afastada pela jurisprudência *Kudła c. Polónia/2000*. E só nesta altura se esclareceu que, quanto à sua amplitude, este preceito deveria passar a ser interpretado no sentido de que o mesmo «[garantiria] a existência de um recurso efectivo junto das instâncias nacionais, por meio do qual [deveria] ser possível a qualquer pessoa queixar-se na jurisdição nacional de ter existido uma violação da obrigação imposta pelo artigo 6.º, § 1, da CEDH aos Estados contratantes». E, conseqüentemente, ultrapassando uma jurisprudência que impedia a análise da eventual violação conjunta do artigo 13.º e

⁽⁵⁹⁰⁾ Sobre as obrigações decorrentes do artigo 13.º da CEDH para os Estados, vd. IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, cit., pp. 222 ss.; J.-F. FLAUS, «Le droit à un recours effectif. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme», RUDH, 1991, pp. 325 ss.

⁽⁵⁹¹⁾ Na verdade, até à decisão no caso *Kudła c. Polónia/2000*, os órgãos da Convenção nas queixas que lhe eram submetidas sobre a garantia do prazo razoável e a violação do direito ao recurso efectivo dispensavam o exame da queixa por esta perspectiva, sempre que consideravam verificada a violação do artigo 6.º da CEDH. Com efeito, numa perspectiva, de *ratione materiae*, negavam a aplicabilidade do artigo 13.º aos procedimentos e decisões do âmbito jurisdicional. Numa outra perspectiva, *aplicando* a «teoria da absorção», os órgãos da Convenção seguiam o seguinte raciocínio (nem sempre coerente): *primo*, o artigo 6.º, § 1, consagra um conjunto de garantias que em princípio inclui as exigências a que alude o artigo 13.º; *secundo*, quando o direito reivindicado apresenta um «carácter civil», o artigo 6.º, § 1, constitui uma *lex specialis* relativamente ao artigo 13.º (caso *Brualla Gomez de la Torre/1997*); *tertio*, o artigo 13.º é um direito subsidiário, cuja concretização se faz pela teoria da absorção. Em suma, negando-se a simultaneidade de aplicação de ambos os artigos, os órgãos da Convenção afastavam a aplicação do artigo 13.º sempre que consideravam existir uma violação do artigo 6.º, § 1, da CEDH.

do artigo 6.º, o tribunal de Estrasburgo esclareceu que doravante um Estado pode ser condenado tanto pelo não cumprimento da obrigação decorrente da disposição 6.ª da CEDH como pela violação do artigo 13.º da CEDH. Contudo, da fundamentação do acórdão europeu não consta uma indicação precisa quanto às características que tal remédio ou recurso interno deva conter para satisfazer as exigências do artigo 13.º da CEDH. Em termos genéricos, como veio a confirmar na decisão que versou sobre o processo *Paulino Tomás c. Portugal/2003*, a *Cour* de Estrasburgo aponta tanto para recursos de aceleração processual a accionar em instâncias jurisdicionais como para vias de direito destinadas a obter o ressarcimento de danos resultantes da violação dessa garantia, deixando também incerto se este tipo de remédios (preventivos ou repressivos-indemnizatórios) deveriam ter natureza cumulativa ou alternativa ⁽⁵⁹²⁾.

Como se indicou, no caso *Kudła c. Polónia/2000*, o Tribunal de Estrasburgo aceitou que a apreciação da violação do direito à justiça em prazo razoável pudesse ter por fundamento tanto o desrespeito pelo artigo 6.º como pelo artigo 13.º da Convenção ⁽⁵⁹³⁾. Neste processo, o TEDH, procedendo a uma interpretação construtiva deste preceito, explicou que este significa que o indivíduo deve dispor de uma via interna (ou recurso) que lhe permita recorrer a uma instância nacional de modo a obter a plena realização do direito à justiça em prazo razoável ou através dela poder exercer as garantias reparadoras em caso de existir a sua violação ⁽⁵⁹⁴⁾. Esta interpretação construtiva do

⁽⁵⁹²⁾ Neste sentido, J.-F. FLAUSS, «Le droit à un recours effectif...», cit., pp. 195 e 196.

⁽⁵⁹³⁾ A propósito da importância deste processo para a definição e articulação das duas garantias em causa, vd. J.-F. FLAUSS, «Le droit à un recours effectif...», cit., pp. 179 ss.; VERA LÚCIA RAPOSO, «O direito a um processo equitativo na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», JC, n.º 11, 2006, pp. 3 ss., esp. pp. 16 ss.

⁽⁵⁹⁴⁾ A este propósito, vd. caso *Stratégies et communications et dumoulin c. Bélgica*, que foi resolvido pelo acórdão de 15 de Julho de 2002 (acessível in: www.pgr.pt/), onde se afirma o seguinte: «o artigo 13.º garante o direito a um recurso efectivo perante uma instância nacional que conheça de queixas relativas à omissão do dever de julgar num prazo razoável, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção. A obrigação para os Estados, de preverem este meio de recurso, varia conforme os casos e a natureza das queixas concretas. O artigo 13.º exige, contudo, que o recurso seja efectivo, *de iure* e *de facto*, isto é, tanto juridicamente em abstracto como na prática, sendo que a sua eficácia não depende da decisão favorável para o requerente. A instância a que se refere o artigo 13.º não tem de ser uma instância judicial, sendo que o que se exige é que o conjunto de meios de recurso internos previstos no ordenamento nacional possa preencher as exigências do artigo 13.º, não sendo, pois, necessário que cada um desses meios, por si mesmo, garanta essa eficácia. Assim, concluiu-se no acórdão que: «no caso concreto, os meios de recurso disponíveis não preenchiam, do ponto de vista da certeza jurídica, as garantias do artigo 13.º, uma vez que a jurisprudência nacional estava dividida, pelo que não assegurava eficácia, nem de direito nem na prática, de meios existentes».

artigo 13.º da CEDH, que permite concluir que esta regra garante aos cidadãos dos Estados contratantes um recurso efectivo perante uma instância nacional para efectivação da garantia ao processo temporalmente justo, vem sendo confirmada mais recentemente. Com efeito, a «jurisdicionalização» do artigo 13.º da CEDH é mesmo afirmada no caso *Z. e o. c. Reino Unido/2001*, uma vez que o Tribunal entendeu que, à luz desse preceito, «as vias judiciais devem proporcionar sólidas garantias de independência, de acesso das vítimas ao processo, bem como de execução de decisões de indemnização».

1.2. De qualquer modo, importa salientar que a partir deste momento não resta dúvida de que cumpre aos Estados organizar estruturalmente o seu sistema judiciário e velar para que no ordenamento jurídico interno estejam previstas vias que concretizem os direitos e liberdades consagrados na CEDH e que satisfaçam a condição de efectividade exigida pelo artigo 13.º da CEDH, sob pena de o Estado incumprir duplamente as suas obrigações. E, neste sentido, existindo várias alternativas de ajustamento dos sistemas processuais nacionais ao *standard* europeu, umas com função preventiva e outras com função repressiva ⁽⁵⁹⁵⁾, esta jurisprudência também esclareceu que a utilidade e a eficácia de algumas delas é avaliada pelo TEDH em sintonia com os conhecidos parâmetros do artigo 35.º, § 1, isto é, de acordo com a bitola estabelecida para avaliação da necessidade de os particulares procederem ao necessário esgotamento prévio de certos mecanismos de reparação antes de recorrerem aos órgãos europeus.

Sem prejuízo do tipo de soluções mais recomendado pelos órgãos da Convenção, que visam de um modo geral concretizar o direito a um processo temporalmente justo na dimensão de direito a uma decisão em prazo razoável, em certos ordenamentos jurídicos foram criados remédios específicos com vista a solucionar, num processo em curso, a alegada violação da garantia da duração razoável do processo, designadamente nos domínios dos processos

⁽⁵⁹⁵⁾ Há ordenamentos jurídicos que instituíram, em matéria penal, soluções para casos de violação do prazo razoável, designadamente o da impossibilidade de se proferir a acusação («les poursuites sont déclarées irrecevables») e o da redução da pena ou suspensão da sua execução — pena inferior *ao minimum legal* e decisões de não pronúncia (*irrecevabilité des poursuites*). Sobre esta temática, vd. M. A. NOWICKI, «Les lenteurs des procédures civiles et pénales et la manière de les combattre», Bull.dr.h. (n.º 8), 1998, p. 64; F. KUTY, «Dépassement du délai raisonnable, peine inférieure *au minimum* légal et irrecevabilité des poursuites», JourT (120.º année, n.º 5996), 2001, pp. 41 ss. A própria ordem jurídica comunitária parece adoptar este paliativo: o TJ, no caso *Baustahlgewebe/1998* (proc. T-185/95), considerando ter existido uma violação do prazo razoável pelo tribunal de 1.ª instância, entendeu ser mais equitativo reduzir o montante da multa aplicada a uma sociedade, em vez de lhe atribuir uma compensação pecuniária pelos prejuízos causados (já que a falta de base legal para proceder a esta compensação seria manifesta).

penal e civil ⁽⁵⁹⁶⁾. Assim, em Portugal, nos termos dos artigos 108.º e 109.º do CPP, é possível dirigir ao Procurador-Geral da República, se o processo estiver sob a direcção do Ministério Público, ou ao Conselho Superior de Magistratura, se o processo decorrer perante o tribunal ou o juiz, um pedido de aceleração processual, tendo como fundamento o facto de terem sido excedidos os prazos previstos na lei para a duração de cada fase do processo. E, designadamente com o mesmo objectivo, estão consagrados em certos ordenamentos jurídicos recursos jurisdicionais internos que são da competência de Tribunais Superiores ou do Tribunal Constitucional, destinados a acelerar o andamento de um processo pendente. No que respeita a esta última forma de garantia, prevista por exemplo em Espanha, na Alemanha, na República Checa e Croácia, e que se concretiza através de processos de «queixa constitucional», designadamente denominados *recurso de amparo*, segundo a matriz hispânica ou *Verfassungsbeschwerde*, segundo a germânica, a vítima apresenta directamente nesta instância jurisdicional uma queixa com fundamento na violação do seu direito a uma decisão judicial em prazo razoável, consagrado na respectiva Lei Fundamental ⁽⁵⁹⁷⁾.

Não só algumas destes remédios como também algumas vias processuais destinadas a obter a indemnização pelos danos decorrentes da violação da garantia do prazo razoável têm sido considerado em Estrasburgo como recursos eficazes e úteis, nos termos do artigo 13.º da CEDH, e, por isso, também esgotáveis, nos termos do artigo 35.º, § 1. Aliás, a garantia de reparação de danos é também um remédio recomendado para satisfazer as exigências do artigo 13.º E esta tem uma importância indiscutível para as vítimas da violação do prazo razoável, já que a decisão da *Cour* de Estrasburgo que reconhece tal violação não produz forçosamente a invalidade da sentença nacional, nem justifica necessariamente a revisão de sentença. Contudo, mesmo que a garantia de ressarcimento não seja panacea para os problemas estruturais do

⁽⁵⁹⁶⁾ Há sistemas internos que prevêem recursos específicos destinados a fazer cessar a duração excessiva de um processo pendente: no processo penal, por exemplo, como é o caso francês (que, após a Lei n.º 93-2, de 4 de Janeiro de 1993, com a introdução de alterações no artigo 175.º do CPP, veio consagrar tais mecanismos apenas no domínio da instrução do processo), ou no processo civil, como é o caso da Suécia. Para outras considerações, vd. J.-F. FLAUSS, «Le droit à un recours effectif...», cit., pp. 190 ss. Sobre este assunto, P. FRUMER, «Le recours effectif...», cit., pp. 49 ss.; A. RODRIGUES, «La célérité de la procédure pénale au Portugal et son expérience», RIDP, 1995, pp. 627 ss.

⁽⁵⁹⁷⁾ Para um estudo mais desenvolvido, vd. J.-F. FLAUSS, «Le droit à un recours effectif...», cit., pp. 190 ss. A propósito de um recurso de amparo que versa sobre esta temática, vd. R. RIVERO ORTEGA/N. RODRÍGUEZ GARCÍA, «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisdicción contencioso-administrativa. Reflexiones a la luz de la STC 20/1999, de 22 de Febrero», REDA, 102, 1999, pp. 281 ss.

serviço de justiça, ainda assim, permite-se garantir às vítimas, pelo menos, uma compensação pelos danos sofridos.

A responsabilização pessoal (disciplinar, civil e penal) dos magistrados que contribuem para a demora excessiva do processo parece assumir também consistência como resposta às exigências do caso *Kudła c. Polónia/2000*. Com efeito, ainda que para alguns esta seja ainda uma solução do tipo «ultima ratio»⁽⁵⁹⁸⁾, NOWICKI, no seu relatório sobre a lentidão dos processos civil e penal e o modo de a combater, dá-nos conta de ter sido accionado um processo-crime contra um magistrado italiano por ter protelado durante dois anos o julgamento de um processo civil, tendo sido condenado pelo Tribunal de Perúsia, em 22 de Janeiro de 1996, no pagamento de um milhão de liras⁽⁵⁹⁹⁾. Também, entre nós, se assiste já com alguma frequência à punição disciplinar de magistrados por actuação com défice de produção e por falta de zelo⁽⁶⁰⁰⁾.

(598) J.-F. FLAUSS, «Le droit à un recours effectif...», cit., p. 190.

(599) Esta informação consta do relatório final da reunião multilateral realizada em Varsóvia, em Outubro de 1996, organizada pelo Conselho da Europa em colaboração com o Ministério da Justiça polaco, de autoria de M. A. NOWICKI («Les lenteurs des procédures civiles et pénales...», cit., p. 66).

(600) A propósito do pedido de suspensão automática do exercício de funções de um Magistrado do Ministério Público, a quem foi atribuída a classificação de medíocre, por estar em causa, designadamente, «o défice produtivo muito elevado, com agravamento indesculpável da pendência processual e sem manifestação de esforço pela recuperação», cumpre trazer à colação o acórdão do STA de 30.08.2006 (processo n.º 783/06), uma vez que, através dele, o Supremo vem indeferir o pedido de suspensão da eficácia do acto, tendo afirmado o seguinte: «numa situação em que o magistrado do MP, classificado de medíocre, são imputadas graves deficiências técnicas, atrasos relevantes na execução do serviço e atitudes frequentes de conflitualidade, susceptíveis de prejudicar gravemente o regular funcionamento da administração da justiça e de abalar a credibilidade e prestígio da magistratura do MP, é de recusar a adopção da providência da suspensão da atribuição da medíocre e da consequente suspensão de funções de Magistrado visado, atendendo ao critério da ponderação de interesses públicos e privados em presença, consagrado no n.º 2 do artigo 120.º do CPTA». Com efeito, o Supremo mencionou que «a suspensão da medida cautelar de suspensão de funções (decorrente genericamente da lei [como efeito automático da atribuição da classificação de medíocre que estabelece o artigo 110.º, n.º 2, do Estatuto do Ministério Público], causaria grave lesão ao interesse público, concretamente no que se relaciona com o regular funcionamento da administração da justiça e confiança e credibilidade dos cidadãos na magistratura do MP». E, também no mesmo sentido, se bem que agora com mais intensidade de censura, vd. acórdão do STA de 07.06.2006, processo n.º 359/06. Assim, no contexto do mesmo quadro descrito, isto é, a propósito do pedido de suspensão da medida cautelar de suspensão de funções (decorrente genericamente da lei [como efeito automático da atribuição da classificação de medíocre que estabelece o artigo 110.º, n.º 2, do Estatuto do Ministério Público], por o magistrado revelar «falta de brio profissional, de dedicação ao serviço, desleixo, incúria e desinteresse pelo cumprimento das obrigações decorrentes do cargo», o Supremo veio indeferir a providência, porquanto considerou que, «nestas situações, não haveria o fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado e considerou

A responsabilização civil pessoal de magistrados por danos resultantes de actos ou omissões, dos quais resulte a violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, e ainda que tais actos não sejam somente cometidos com dolo ou culpa grave, tem, de facto, cada vez mais defensores ⁽⁶⁰¹⁾.

A este propósito, cumpre também notar que é necessário incluir no rol das garantias de protecção e efectivação do direito ao processo efectivo e temporalmente justo o processo urgente com vista a obter o ressarcimento antecipado e provisório dos danos decorrentes do defeituoso funcionamento do serviço de justiça. E esta posição tem subjacente uma dupla razão. Por um lado, a sua necessidade justifica-se pelo aumento da duração dos processos para apuramento da responsabilidade do Estado-juiz, e, por outro lado, deve-se às novas exigências relativas ao conceito de «recurso efectivo». Com efeito, o processo urgente cautelar, de arbitramento de reparação provisória — previsto tanto no artigo 403.º do CPC como também actualmente, e já em vigor, no artigo 112.º, n.º 2, alínea e), e artigo 133.º do CPTA — revela-se, assim, como necessário, uma vez que os regimes jurídicos nacionais de responsabilização do Estado-juiz pelo atraso indevido na pronúncia de decisões judiciais revelam ser eles próprios contrários à regra prevista na Convenção, no artigo 6.º, § 1. E, como o TEDH já afirmou nos processos *Gouveia da Silva Torrado c. Portugal/2003* e *Paulino Tomás c. Portugal/2003*, os mecanismos internos de garantia daquele direito devem ser «eficazes», «adequados» e «acessíveis» e, tratando-se da acção de responsabilidade (ou outra forma interna de ressarcimento de danos), esta deve ser decidida em prazo razoável. Neste contexto, compreende-se, pois, que o processo de arbitramento de reparação provisória desempenhe uma função essencial no sentido de assegurar efectividade à acção de responsabilidade civil e no sentido de garantir que esta acção de responsabilidade constitua o tal recurso útil e eficaz, à luz das exigências do artigo 13.º da CEDH e da jurisprudência *Kudła c. Polónia/2000*.

Como bem se sabe, as acções sobre responsabilidade civil são, de entre os demais processos julgados pelos tribunais administrativos de círculo, aqueles processos que sofrem de maior morosidade para definitivamente serem

também que, ponderados os interesses públicos e privados, em presença, não se [criaria] que os danos que eventualmente [pudessem] resultar da concessão da providência requerida se [mostrariam] superiores aos que [pudesse] resultar da sua recusa. Ora, neste caso, a intensidade da censura provisória ínsita no aresto citado prende-se exactamente com o facto de o Supremo ter indeferido a providência cautelar, não obstante considerar preenchido o pressuposto da aparência de bom direito a favor do magistrado suspendendo e não obstante a autoridade recorrida não ter apresentado contestação neste processo.

⁽⁶⁰¹⁾ Cfr. JOÃO CAUPERS, «Responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional», CJA, 40, 2003, pp. 47 e 49; J. J. GOMES CANOTILHO, anotação ao acórdão de 7 de Março de 1989..., cit., p. 307.

julgados ⁽⁶⁰²⁾. Em média tais processos demoram 25 meses. Pois bem, por tudo isto, a condenação antecipada do Estado-juíz a pagar uma quantia mensal a título de reparação provisória, até que a decisão definitiva, a proferir na acção de responsabilidade por dano decorrente do defeituoso funcionamento do serviço de justiça, transite em julgado, por se verificar uma situação de necessidade em consequência do dano sofrido ser susceptível de pôr seriamente em causa o sustento ou a habitação do lesado (e por estar sumariamente indiciada no processo cautelar a existência dessa obrigação), traduz, no contexto do que acabámos de descrever, um boa resposta à jurisprudência do TEDH e às exigências dos artigos 6.º, § 1, e 13.º da CEDH. Pelo que o deferimento da providência cautelar antecipatória, em complementaridade com a demorada acção principal sobre responsabilidade do Estado-juíz, pode ser um recurso obrigatoriamente necessário para obstar a qualquer responsabilização do Estado português pelo incumprimento simultâneo daquelas disposições (artigos 13.º e 6.º da CEDH) ⁽⁶⁰³⁾.

Pois bem, o mecanismo de responsabilização civil do Estado-juíz por danos decorrentes da violação do direito ao processo temporalmente justo revela-se como remédio mais vezes adoptado nos ordenamentos jurídicos nacionais para satisfazer as exigências emergentes dos artigos 6.º e 13.º E a responsabilização no foro nacional tem vindo a acontecer com mais frequência, uma vez que a influência da jurisprudência europeia tem-se feito sentir tanto na própria jurisprudência dos tribunais nacionais como na própria legislação interna. Contudo, a responsabilização do Estado-juíz pelo atraso indevido na pronúncia de decisões judiciais continua a constituir uma questão «delicadíssima» ⁽⁶⁰⁴⁾ que os Estados vêm aperfeiçoando e consolidando, sob o olhar atento e avaliador da jurisdição europeia ⁽⁶⁰⁵⁾. Enfim, esta constitui, pois, mais uma faceta da *europeização* do direito administrativo e processual administrativo.

⁽⁶⁰²⁾ Neste sentido, VITAL MOREIRA/CATARINA SARMENTO E CASTRO, «A justiça administrativa em Portugal (1974-1999). Relatório de um projecto de investigação», in: *Reforma do Contencioso Administrativo*, Vol. II, Coimbra, 2003, p. 406, gráfico n.º 39.

⁽⁶⁰³⁾ Sobre este assunto, vd. o nosso «A garantia do prazo razoável: o juiz de Estrasburgo e o juiz nacional», CJA, 44, 2004, pp. 56 ss.

⁽⁶⁰⁴⁾ Expressão utilizada por MARIA LÚCIA AMARAL, «Responsabilidade civil extracontratual do Estado: a propósito do prazo de prescrição do direito à indemnização», CJA, 12, 1998, p. 36.

⁽⁶⁰⁵⁾ No contexto das violações das regras do prazo razoável, o Comité de Ministros do Conselho da Europa adoptou uma resolução interimária — CM/ResDH (2007) 108 — para um conjunto de 25 casos relativos à demora dos processos em júízo em Portugal. E, analisando a excessiva demora dos processos judiciais no nosso país, congratulou-se pelas numerosas reformas introduzidas com vista a resolver esse problema da demora, enumerando o aumento do número de juízes, a disseminação geográfica maior de processos, o aumento de número de julgados de paz e os vários serviços de mediação. E, especialmente, a propósito da responsabili-

1.3. Todavia, o Tribunal de Estrasburgo não abdica de examinar se tais recursos internos são úteis e eficazes e, conseqüentemente, esgotáveis à luz dos artigos 13.º e 35.º, § 1, da CEDH (606). E a jurisprudência elaborada pelo TEDH quanto à «utilidade» e «eficácia» dos recursos internos de responsabilização do Estado pela violação do direito à justiça em prazo razoável tem revelado que tais mecanismos nacionais de ressarcimento de danos estão em constante aperfeiçoamento. A incidência da jurisprudência de Estrasburgo sobre o ordenamento jurídico francês e a evolução jurisprudencial que, neste domínio da responsabilidade do Estado-juiz, os tribunais nacionais têm operado é um óptimo exemplo do que acabámos de afirmar (607). O mesmo aconteceu em Espanha e em Portugal. Por exemplo, entre nós, como veremos, daqui a pouco, com mais cuidado, a evolução foi significativa, uma vez que a eficácia e a utilidade da acção sobre responsabilidade civil enquadrada no artigo 22.º da Lei Fundamental e prevista no Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, foi sujeita à avaliação dos órgãos de Estrasburgo. E, um dia formulada a questão de saber se esta acção processual constituiria ou não o recurso útil e eficaz a esgotar antes do recurso aos órgãos de Convenção, a resposta foi dada em sentido negativo. Assim aconteceu no processo *João José da Silva Macedo c. Portugal/1989* e assim aconteceu mais vezes, na década de noventa. A resposta positiva só viria a ser dada mais recentemente pelo Tribunal, nas decisões que versaram sobre os processos *Gouveia da Silva Torrado c. Portugal/2003* e *Paulino Tomás c. Portugal/2003*. E compreende-se que assim tenha acontecido, tanto mais quanto se sabe que até há pouco tempo, o Estado-juiz ainda vinha invocar em juízo, em sua defesa, que não existiria um regime jurídico interno que garantisse aos cidadãos uma indemniza-

ção do Estado-juiz pela violação da garantia do prazo razoável, o Comité de Ministros realçou o facto de pela primeira vez em mais de dez anos, em Portugal, o número de processos concluídos ter sido maior do que o número de processos iniciados. Contudo, fez questão de realçar que a disponibilidade de um meio efectivo de apuramento de responsabilidade civil por danos decorrentes da demora excessiva do processo, a efectivar junto dos tribunais administrativos, não deve ser visto como solução para o problema, tanto mais quanto a efectividade de tal mecanismo ainda não está claramente provada. Ainda assim, congratulou-se por estar em curso a reforma do Decreto-Lei de 1967, relativo à responsabilidade civil extracontratual do Estado, tendo incitado o Estado português a prosseguir na via de resolução do problema da violação da regra do prazo razoável e a comunicar ao Comité as medidas que entretanto fosse adoptando e a estudar o impacto das reformas sobre esta problemática.

(606) A este propósito, vd. L. SERMET, *Convention européenne des droits de l'homme...*, cit., pp. 336 e 337.

(607) Assim, sobre tal assunto, vd. L. BORÉ, «Le délai raisonnable et l'épuisement des voies de recours internes», JCP (II-10 491, n.º 11), 2001, p. 556; JOÃO MANUEL DA SILVA MIGUEL, «A justiça portuguesa no exame do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», SJ, n.º 28, 2004, pp. 33 ss.

ção por danos decorrentes do deficiente funcionamento dos serviços dos tribunais, na modalidade de violação do prazo razoável, tal como aconteceu no processo que foi decidido pelo TCA-N, através do acórdão de 30.03.2006.

2. A perspectiva dos estados signatários da CEDH

Pois bem, a «nacionalização» dos regimes de responsabilidade civil do Estado-juiz constitui um dos tipos de resposta mais frequente concretizado para satisfazer o artigo 13.º da CEDH. E, de certo, é uma resposta que tem vantagens e desvantagens para o próprio Estado e para as vítimas do funcionamento defeituoso dos serviços de justiça. Assim, e designadamente quanto aos aspectos positivos, e tendo em conta a perspectiva do Estado-juiz, podemos apontar que será positivo ser ele mesmo a indemnizar as respectivas vítimas, pois, por um lado, o estigma é menor. E, por outro lado, a concretização do direito a um processo temporalmente justo poderá fazer-se com mais eficácia, já que é o juiz nacional que faz chegar de forma imediata e directa a outros Poderes estaduais, nomeadamente ao Governo e ao parlamento, o resultado de medidas introduzidas na legislação processual ou na estrutura judiciária. E ainda será vantajoso sob o ponto de vista da autonomia de responsabilização: o funcionamento do serviço de justiça poderá ser avaliado mediante critérios próprios, que atendam à situação particular dos tribunais nacionais e ao estado de cada uma das ordens de jurisdição.

Na perspectiva das vítimas, podemos pensar que, com a criação de regimes nacionais de responsabilização do Estado, estas venham também a ganhar. E assim é porque os cidadãos podem beneficiar de todas as mais-valias que decorrem da proximidade geográfica e jurídica do sistema nacional. Na verdade, para além de a jurisdição no âmbito da qual é realizada a pretensão indemnizatória estar mais próxima espacialmente também é mais familiar o regime jurídico ao abrigo do qual vão concretizar a garantia indemnizatória, tanto em termos substantivos como processuais, o que constitui uma vantagem evidente e um aspecto incentivador da utilização do mecanismo. E acresce ainda a esta vantagem uma outra, que diz respeito à possibilidade de a vítima vir a recorrer subsidiariamente ao juiz de Estrasburgo, nos termos e segundo os pressupostos do artigo 41.º da CEDH, e também diz respeito à hipótese de ela poder vir a alcançar um acréscimo de tutela, chamando um juiz mais experiente, mais atento e menos condescendente, no caso de o juiz nacional não lhe atribuir uma indemnização suficiente (caso *Scordino c. Itália*/2003).

De qualquer modo, não se ignora que a responsabilização do Estado-juiz pelo atraso indevido na pronúncia de decisões judiciais continua a constituir uma questão delicada que os Estados vêm aperfeiçoando, como já afirmámos. A transferência do contencioso do prazo razoável do juiz europeu para

o juiz nacional tem sido cuidadosamente realizada pelo TEDH e, por certo, esta atitude só não terá um efeito *boomerang* se o juiz nacional estiver pronto para realizar uma tutela eficaz do direito a uma decisão em prazo razoável e *mutatis mutandis* se atribuir às vítimas do não cumprimento da obrigação do prazo razoável indemnizações «certas e suficientes» (caso *Scordino c. Itália/2003*) ⁽⁶⁰⁸⁾. E, além disso, como o Tribunal de Estrasburgo tem vindo a esclarecer, não são todos os regimes jurídicos nacionais de responsabilização do Estado-juiz pelo atraso indevido na pronúncia de decisões judiciais que satisfazem as exigências do artigo 13.º da Convenção. Estes mecanismos deverão ser «eficazes», «adequados» e «acessíveis» (caso *Gouveia da Silva Torrado c. Portugal/2003*) e devem permitir às vítimas alcançar uma reparação de prejuízos em prazo razoável, tanto em abstracto como em concreto — *maxime* na jurisdição administrativa, onde a garantia do prazo razoável tem demonstrado maiores fraquezas (caso *Paulino Tomás c. Portugal/2003*).

São, pois, várias as formas de os Estados proporcionaram aos seus cidadãos uma compensação por danos decorrentes do deficiente funcionamento do serviço de justiça, na dimensão da violação do prazo razoável, sendo que, em todo o caso, a influência do juiz de Estrasburgo tem sido determinante neste processo de reconstrução dos sistemas internos de protecção do direito ao processo temporalmente justo. Por vezes, a solução tem passado pela hermenêutica, no momento em que os tribunais têm procedido à actualização do quadro jurídico vigente às novas exigências da realidade. Foi o que aconteceu no panorama jurídico francês (2.1.). Outras vezes, o legislador veio concretizar novos mecanismos de responsabilização do Estado-juiz por danos decorrentes do funcionamento defeituoso dos serviços de administração de justiça, na dimensão da violação do direito à justiça em prazo razoável. Aliás, a actuação do legislador italiano constitui um exemplo do que acabámos de afirmar, uma vez que este optou por criar um regime próprio e específico de responsabilidade do Estado por danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes da violação do direito à justiça em prazo razoável, tendo publicado a Lei de 24 de Março de 2001. Aliás, o legislador italiano procedeu a uma «verdadeira colonagem» ⁽⁶⁰⁹⁾ do regime jurídico europeu de protecção do direito ao prazo razoável, para usar uma expressão de PAULO OTERO. E, na verdade, sendo certo que a Lei Pinto foi criada para remediar as imperfeições estruturais do sistema judiciário italiano e tornar efectivo a nível interno o mecanismo

⁽⁶⁰⁸⁾ No mesmo sentido, vd. L. STILO, «Legge ‘Pinto’ e ricorso a ‘Strasburgo’: due strumenti solo in apparenza reciprocamente sostituibili», anotação à decisão n.º 43 de 2001 da *Corte d’appello de Brescia*, in: *Equa riparazione del danno...*, cit.

⁽⁶⁰⁹⁾ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003, pp. 484 e 485.

de protecção do direito a decisão judicial em prazo razoável, sobretudo depois da reforma do artigo 111 da Lei Fundamental — e sendo certo que tal mecanismo foi inicialmente considerado como remédio efectivo, à luz do artigo 13.º da CEDH ⁽⁶¹⁰⁾ — mal se adivinhava que uma diferente apreciação viria a caminho, volvidos sete anos sobre a sua entrada em vigor, pois, o Tribunal de Estrasburgo, ao avaliar da eficácia desta figura reparadora, em nove processos que lhe foram subsidiariamente submetidos, constatou que haveria falta de adequação da reparação atribuída às vítimas pelo juiz italiano (2.2.).

Já em outros países tem-se ficado fundamentalmente a dever ao génio criativo da jurisprudência (e inclusive à administrativa) o aperfeiçoamento do modelo interno do contencioso de ressarcimento de tal tipo de danos. Assim aconteceu em Espanha (2.3.).

2.1. O sistema francês prevê a responsabilização do Estado por danos decorrentes da actividade judicial. O seu regime está consagrado no artigo L. 781.1 do COJ, segundo as disposições da Lei de 5 de Julho de 1972. A responsabilidade resulta do «funcionamento defeituoso do serviço de justiça» e assenta na verificação de dois pressupostos: ter existido «faute lourde» (um erro grosseiro) ou ter sido «denegada a justiça». E é precisamente ao pressuposto da «denegação da justiça» que, a partir da década de noventa, o juiz francês tem feito corresponder as situações de demora excessiva do processo ⁽⁶¹¹⁾. Sem prejuízo, contudo, do que se afirmou, cumpre lembrar que aos olhos dos órgãos da Convenção, nem o artigo L. 781.1 do COJ, para a jurisdição civil, nem a jurisprudência *Darmont*, para a administrativa, eram considerados como recursos úteis e efectivos, uma vez que a sua irregular e incerta aplicação lhes retirava essa qualidade. E, por conseguinte, não existindo uniformidade nem certeza da garantia para os cidadãos franceses — já que, como escreve BORÉ, «uma andorinha não faz a Primavera» ⁽⁶¹²⁾ —, os particulares poderiam (e deveriam), em caso de violação da garantia do prazo razoável pelo Estado francês, recorrer imediatamente aos órgãos de Estrasburgo (caso *Vernillo c. France/1991*).

O Tribunal europeu só viria anos mais tarde a reconhecer a suficiência e a certeza daquele mecanismo, no contexto dos tribunais judiciais, tendo tal jurisprudência sido emitida em meados da década de noventa. Na verdade, o Tri-

⁽⁶¹⁰⁾ Neste sentido, F. PETROLATI, *I tempi del processo e l'equa riparazione...*, cit., p. 9.

⁽⁶¹¹⁾ A este propósito, M. FROMONT, «La responsabilité de l'État en droit français», *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, Ministério da Justiça, 2002, p. 164; N. FRICERO, «Les garanties d'une bonne justice», in: *Droit et pratique de la procédure civile*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Paris, 2002, n.ºs 2102 a 2300, pp. 507 e 508.

⁽⁶¹²⁾ L. BORÉ, «Le délai raisonnable...», cit., p. 557.

bunal de Estrasburgo só veio a reconhecer mais tarde que o recurso de ressarcimento de danos, dirigido contra o Estado, previsto no artigo L. 781.1 do COJ, alcançara uma aplicação mais frequente no domínio da violação do prazo razoável e se transformara numa via de tutela eficaz para as vítimas da demora excessiva do processo judiciário. Foi principalmente depois de proferida a decisão *Gauthier c. l'Agent judiciaire du Trésor de la Cour d'appel* de Paris ⁽⁶¹³⁾, de 20 de Janeiro de 1999, e depois de ter sido ditada a sentença relativa ao caso *Viano c. Agent judiciaire du Trésor/2001*, do TGI de Nice ⁽⁶¹⁴⁾, que o TEDH concluiu que este recurso previsto no COJ adquirira «um grau de certeza jurídica suficiente», para ser encarado, à luz do artigo 35.º, § 1, da CEDH, como útil e esgotável, sendo certo que os particulares, sob pena de verem o seu requerimento rejeitado por não esgotamento das vias internas, o deveriam accionar antes de recorrerem ao TEDH (casos *Van den Kar et Van Zest/2000* e *Giummarra e o. c. França/2001*) ⁽⁶¹⁵⁾. E, mais recentemente, este juízo foi mesmo alargado ⁽⁶¹⁶⁾.

Pois bem, se no domínio dos tribunais judiciais se considera, hoje, com um grau de certeza jurídica suficiente que a «demora anormal (...), que resulta do funcionamento defeituoso do serviço da justiça, equivale à negação da justiça, na medida em que priva as partes da protecção judicial que o Estado lhes deve assegurar» e que o artigo L. 781.1 do COJ constitui o recurso útil e eficaz, segundo os pressupostos do artigo 35.º, § 1, da CEDH, já, quanto à

⁽⁶¹³⁾ No mesmo ano, esta jurisprudência foi seguida pelo TGI, pelo menos em mais dois processos, em 9 de Junho (*Quilichini c. Agent judiciaire du Trésor*) e em 22 de Setembro (*Le grix de la Salle c. Agent judiciaire du Trésor*).

⁽⁶¹⁴⁾ Com efeito, a recente decisão do TGI de Nice, ao afirmar que «a demora para ditar uma sentença num processo, que traduz um funcionamento defeituoso do serviço de justiça, é idêntico a uma denegação da justiça que gera a responsabilidade do Estado», acentua a posição do TEDH. E a definição dada pela *Cour de cassation* a «faute lourde», como sendo «toda a deficiência caracterizada por um facto ou um conjunto de factos que traduzem a incapacidade do serviço público de justiça para realizar o fim para que existe» (caso *Bolle-Laroche c. Agent du Trésor/2001*) reforça e sustenta em Estrasburgo a qualificação deste recurso (previsto no artigo L. 781.1 do COJ) como sendo útil e eficaz.

⁽⁶¹⁵⁾ Sobre este assunto, vd. F. SUDRE, «Chronique de jurisprudence...» (2001), cit., pp. 694 e 695.

⁽⁶¹⁶⁾ Na verdade, este juízo foi estendido ao domínio penal, sobretudo às situações de prisão preventiva, sendo, pois, neste sentido que se tem entendido *a contrario* a jurisprudência *Zannouti c. França/2000* do TEDH, uma vez que a não-rejeição do requerimento n.º 42 211/98, se baseia no facto de este ter sido dirigido à Comissão, em 9 de Outubro de 1997, ou seja, numa altura que a jurisprudência nacional francesa sobre a aplicação neste âmbito do mecanismo L. 781.1 do COJ ainda revelava significativas fragilidades — não tendo, aliás, o Governo francês indicado algum caso bem sucedido de aplicação deste recurso no domínio penal e em caso de prisão preventiva durante esse período. A este propósito, vd. L. BORÉ, «Le délai raisonnable...», cit., pp. 555 ss.

jurisdição administrativa, as incertezas estão ainda por dissipar, uma vez que depois do processo *Darmon/1978*, no qual se entendeu que uma «faute lourde» praticada no exercício do poder jurisdicional pela jurisdição administrativa poderia dar direito a uma indemnização, o juiz administrativo pouco mais avançou.

Com efeito, o Conselho de Estado teve ainda poucas ocasiões para se pronunciar sobre se a duração excessiva do contencioso administrativo se poderia fazer corresponder ao mesmo pressuposto, «faute lourde» (erro grosseiro) ou ao de denegação de justiça («déli de justice») e se o juiz administrativo teria competência para condenar o Estado pelo não cumprimento do prazo razoável na sua jurisdição — e, se não, se os particulares poderiam recorrer directa e imediatamente ao TEDH. Até há pouco tempo, por claro só se podia ter que, invocando a violação do direito a uma decisão em prazo razoável, segundo o artigo 6.º, § 1, da CEDH, o particular que pretendesse obter uma indemnização por danos deveria acionar a via graciosa ou administrativa e só em caso de recusa ou de indemnização insuficiente poderia recorrer aos tribunais administrativos (decisão do CE de 21 de Janeiro de 1994) ⁽⁶¹⁷⁾.

Contudo, também no âmbito da jurisdição administrativa *fervet opus...* E a decisão do *Conseil d'Etat* de 28 de Junho de 2002, no processo *Garde des Sceaux c. Magiera*, que confirma a condenação do Estado francês ao pagamento de uma indemnização de 30 000 Francos, pela violação do direito à justiça em prazo razoável, significa exactamente esse início de mudança. Neste acórdão, não se afirma apenas que o direito francês consagra uma via efectiva de recurso interno de ressarcimento dos danos resultantes da violação da garantia do prazo razoável no âmbito da justiça administrativa — tal como exige o artigo 13.º da Convenção. Nele também se esclarece quais são as condições de que depende a responsabilização do Estado pela violação dessa garantia ⁽⁶¹⁸⁾. O TEDH está, no entanto, mais reticente em qualificar a jurisprudência administrativa do contencioso do prazo razoável como firme, pelo que, na sua perspectiva, ainda não existe nesta jurisdição uma via de ressarcimento

⁽⁶¹⁷⁾ Neste sentido, M. LOMBARD, anotação à decisão do *Conseil d'État*, de 28 de Junho de 2002, *Garde des Sceaux c. Magiera*, DA-EJC, 2002, p. 28.

⁽⁶¹⁸⁾ Com efeito, o *Conseil d'Etat*, em 28 de Junho de 2002, através do processo *Garde des Sceaux c. Magiera*, atribuiu a um sexagenário uma indemnização de 30 000 Francos, por julgar o Estado «responsável pelo funcionamento defeituoso do serviço público da justiça». E, pela primeira vez, o juiz administrativo, aplicando o conjunto de critérios/parâmetros europeus de avaliação da razoabilidade da duração do processo, considerou ter ocorrido a violação do direito à justiça em prazo razoável, uma vez que o processo administrativo em causa, não obstante não apresentar especial complexidade, havia demorado mais de sete anos a definir-se. Vd. Decisão do *Conseil d'État*, de 28 de Junho de 2002, *Garde des Sceaux c. Magiera*, publ. DA-EJC, 2002, pp. 27 ss.

interna útil e eficaz, podendo os cidadãos franceses — por enquanto ⁽⁶¹⁹⁾ — dirigir directamente o seu recurso aos órgãos da Convenção (caso *Lutz c. France*/2002) ⁽⁶²⁰⁾. Ainda assim, podemos concluir, com F. SUDRE, que parece evidente que tanto o sentido da jurisprudência do TEDH, que vai no sentido de considerar o recurso interno francês previsto no artigo L. 781.1 do COJ como útil e eficaz — «recurso esgotável» — como a própria consolidação e amadurecimento na aplicação deste recurso interno de responsabilização do Estado pelo mau funcionamento do serviço de justiça na jurisdição civil e penal demonstram duas atitudes: a vontade do TEDH de entregar o contencioso do prazo razoável ao juiz nacional (francês) e a aptidão do juiz nacional (francês) para o receber ⁽⁶²¹⁾.

2.2. Como aludimos nas considerações introdutórias, o legislador italiano criou recentemente um regime específico de reparação equitativa de danos decorrentes da violação da garantia processual da duração razoável do processo ⁽⁶²²⁾. É a Lei n.º 89, de 24 de Março de 2001, mais conhecida pelo nome do senador que foi o responsável pela sua apresentação, Michele Pinto. Em abono da verdade, a «Lei Pinto» foi projectada como um instrumento mais ambicioso ⁽⁶²³⁾ e dele se esperava que viesse introduzir soluções para a demora excessiva da justiça italiana, devendo procurar travar o número crescente de processos accionados em Estrasburgo contra o Estado italiano, por violação do artigo 6.º, § 1, da CEDH ⁽⁶²⁴⁾. O legislador não foi, todavia, tão longe ⁽⁶²⁵⁾. E, conseqüentemente, deixando sem concretização o projecto na

⁽⁶¹⁹⁾ A este propósito, L. BORÉ («Le délai raisonnable...», cit., p. 557) refere que nada impede o juiz administrativo de sancionar a violação do prazo razoável com a mesma eficácia que o juiz dos tribunais judiciais. Contudo, na ausência de jurisprudência segura nesse sentido, os particulares podem recorrer ao TEDH sem esgotar qualquer recurso interno.

⁽⁶²⁰⁾ Sobre este assunto, vd. M. LOMBARD, anotação à decisão do *Conseil d'État*..., cit., pp. 28 e 29.

⁽⁶²¹⁾ Neste sentido, F. SUDRE, «Chronique de jurisprudence...» (2001), cit., p. 695; L. BORÉ, «Le délai raisonnable...», cit., pp. 555 ss.

⁽⁶²²⁾ Sobre o conteúdo e objectivo da lei, procedimento e pressupostos da reparação, vd. R. MARTINO, «Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (legge 24 marzo 2001, n.º 89)», RDProc. (4), 2001, pp. 1068 ss.; F. PETROLATI, *I tempi del processo e l'equa riparazione per la durata non ragionevole (la c.d. "legge Pinto")*, Milano, 2005.

⁽⁶²³⁾ A este propósito, vd. L. STILO, «Genesi storica e politica della legge n.º 89 del 24 marzo 2001», in: www.delittoecastigo.info/; M. SCIACCA, «Legge Pinto e responsabilità dello Stato», acessível in: www.Giustiziacarita.it

⁽⁶²⁴⁾ Sobre este assunto, vd. L. STILO, «Genesi storica...», cit., p. 5.

⁽⁶²⁵⁾ A propósito dos vários projectos, vd. a crítica de F. O. ZUCCARO, *Il tempo...*, cit., pp. 107 e 108.

parte referente à introdução de medidas de aceleração do processo, há quem considere que o legislador perdeu, assim, uma oportunidade para concretizar o novo 2.º parágrafo do artigo 111.º da Constituição italiana, segundo o qual a «lei assegura a razoável duração do processo»⁽⁶²⁶⁾.

O regime que veio consagrar o direito à reparação equitativa de danos provocados pela demora excessiva, que contempla todas as jurisdições, veio prever o direito à reparação equitativa de danos, consagrando-o como um direito «verdadeiro e próprio»⁽⁶²⁷⁾, cuja *fattispecie* constitutiva se apura por referência à lógica normativa acolhida na jurisprudência do TEDH, que versa sobre a aplicação do artigo 6.º, § 1, da CEDH. Como se apontou, este diploma prevê igualmente o processo judicial para obter a reparação: um «processo célere» que é da competência da *Corte d'appello*⁽⁶²⁸⁾. Quanto aos pressupostos de atribuição às vítimas de uma compensação equitativa, a «Lei Pinto» fixa três, a saber: a duração não-razoável do processo; o dano (patrimonial e não patrimonial) e a existência de um nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo requisitos. A apreciação das condições de atribuição da equitativa reparação, realizada pelos tribunais nacionais, inspira-se na metodologia de medição da duração razoável do processo da jurisprudência da *Corte* de Estrasburgo, primando, porém, por manter (alguma) autonomia em face desta⁽⁶²⁹⁾. Neste sentido, a *Corte d'appello de Brescia*, numa das primeiras aplicações daquela lei, socorreu-se dos critérios elaborados pelos órgãos de Estrasburgo para valorar o pressuposto da duração não razoável do processo — a complexidade do caso (elemento objectivo) e o comportamento das partes (mormente da que requer a indemnização) e das autoridades judiciárias (elemento subjectivo) —, tendo condenado o Ministro da Justiça no pagamento de uma indemnização de 40 milhões de liras⁽⁶³⁰⁾.

(626) A este propósito, vd. L. P. COMOGLIO, «Il “giusto processo” civile...», cit., pp. 702 ss. A este propósito, M. BOVE («Artigo 111 Cost. e giusto processo civile...», cit., esp. pp. 512 ss.) afirma que o novo § 2.º do artigo 111.º da Constituição italiana (= CI), ao dispor que «a lei deve assegurar a razoável duração do processo», vem consagrar expressa e autonomamente a garantia da duração razoável como requisito do «princípio da efectividade do direito de acção». Segundo o autor, a exigência da duração razoável, não obstante estar implícita no direito à tutela jurisdicional efectiva, previsto no artigo 24.º, § 2.º, da CI, nem sempre foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional como requisito da «efectividade do direito de acção».

(627) Neste sentido, R. MARTINO, «Sul diritto all'equa riparazione...», cit., p. 1077.

(628) Para mais desenvolvimentos, quanto aos objectivos e quanto ao momento posterior à entrada em vigor da Lei, vd. L. STILO, «La 'legge Pinto'... in pillole», acessível in: www.delittoecastigo.info/.

(629) Neste sentido, R. MARTINO, «Sul diritto all'equa riparazione...», cit., p. 1074.

(630) A este propósito, vd. decisão 6/29 giugno 2001, n.º 43, da *Corte d'appello de Brescia...*, cit., p. 4.

É um facto que o legislador italiano criou em 2001 um regime específico de reparação equitativa de danos decorrentes da violação da garantia processual da duração razoável do processo, procedendo à *nacionalização* do mecanismo europeu de ressarcimento, preceituando no artigo 2.º que «quem sofreu um dano patrimonial ou não patrimonial decorrente da violação da Convenção para a protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, na perspectiva da violação do prazo razoável previsto no artigo 6.º, § 1, da Convenção, tem direito a uma reparação equitativa». É a Lei n.º 89, de 24 de Março de 2001, mais conhecida pelo nome do senador que foi o responsável pela sua apresentação⁽⁶³¹⁾. Assim, contemplando todas as jurisdições, a Lei Pinto prevê a reparação equitativa de danos patrimoniais e não patrimoniais provocados pela demora judicial excessiva, acolhendo um direito «verdadeiro e próprio» à reparação de prejuízos⁽⁶³²⁾, sendo certo que, segundo a doutrina e jurisprudência dominantes, a sua *fattispecie* constitutiva deve ser apurada de acordo com a lógica normativa de aplicação europeia do artigo 6.º, § 1, da CEDH. Quanto aos pressupostos de atribuição às vítimas de uma reparação, o diploma fixa três, a saber: a duração não razoável do processo (ou «irragionevole durata del processo»), o dano e a existência de um nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo requisitos, sendo certo que a apreciação das condições de atribuição da equitativa reparação deverá ser feita, como se referiu, de acordo com as orientações constitucionais e convencionais, pelo que, segundo a doutrina, esse exame deve inspirar-se na metodologia de medição da duração razoável do processo, que é da lavra da jurisprudência da Corte de Estrasburgo, primando, porém, por manter (alguma) autonomia em face desta⁽⁶³³⁾. Assim, exigindo-se a verificação de todos os pressupostos, deve

(631) Sobre o conteúdo e objectivo da lei, procedimento e pressupostos da reparação, vd. R. MARTINO, «Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (legge 24 marzo 2001, n.º 89)», RDProc. (4), 2001, pp. 1068 ss.; IDEM, *per la durata non ragionevole (la c.d. "legge Pinto")*, Milano, 2005. Sobre este assunto, vd. C. NIGRO, «La Legge Pinto: Genesi e ragioni», CEDU, www.unilink.it/cedu/; L. STILO, «Genesi storica e politica della legge n.º 89 del 24 marzo 2001», in: www.delittoecastigo.info/; M. SCIACCA, «Legge Pinto e responsabilità dello Stato», acessível in: www.Giustiziacarita.it/; L. STILO, «La 'legge Pinto'... in pillole», acessível in: www.delittoecastigo.info/.

(632) Neste sentido, R. MARTINO, «Sul diritto all'equa riparazione...», cit., p. 1077.

(633) Neste sentido, a *Corte d'appello de Brescia*, numa das primeiras aplicações daquela lei, socorreu-se dos critérios elaborados pelos órgãos de Estrasburgo para valorar o pressuposto da duração não razoável do processo — a complexidade do caso (elemento objectivo) e o comportamento das partes (momento da que requer a indemnização) e do juiz e das autoridades judiciais (elemento subjectivo) —, tendo condenado o Ministro da Justiça no pagamento de uma indemnização de L 40 milhões. Neste sentido, R. MARTINO, «Sul diritto all'equa riparazione...», cit., p. 1074.

ter-se em conta também certos elementos valorativos para examinar a questão da violação do direito ao prazo razoável: o elemento objecto/material, correspondente à complexidade do caso; o elemento subjectivo/pessoal, correspondente ao comportamento da parte no processo *sub judice*; outros elementos subjectivos/pessoais, traduzidos no comportamento do juiz e das entidades envolvidas no processo.

Pois bem, tudo parecia estar suficientemente acautelado pelo legislador nacional. Só faltava, contudo, que o juiz italiano aplicasse generosamente as normas e fixasse quantias razoáveis de indemnização. E a primeira decisão que reconheceu essa falha surgiu em de 27 de Março de 2003, no processo *Scordino c. Itália*. Neste processo, o particular veio alegar ter recebido uma quantia irrisória a título de reparação por danos morais: € 600/por ano de excessiva demora, quando o TEDH, em casos semelhantes, fixava um valor correspondente a € 5000 a € 7000, por cada ano de atraso. E o Tribunal de Estrasburgo, não obstante ter reconhecido alguma margem de apreciação ao foro interno, afirmou claramente que o «juiz nacional deve conformar a sua jurisprudência com a da Corte (europeia) também no que respeita à quantificação do dano e à fixação da reparação».

Aliás, como já se indicou nas considerações iniciais, a Lei Pinto foi examinada pelos juizes de Estrasburgo, em nove processos, e em todos eles se concluiu, por unanimidade, que existira violação do artigo 6.º, § 1, da CEDH⁽⁶³⁴⁾. Assim, de um modo geral, os requerentes vieram alegar que não obtiveram uma reparação adequada (ou suficiente) dos respectivos prejuízos, não obstante as autoridades italianas terem reconhecido a violação dos respectivos direitos à emissão de sentença em prazo razoável. Por seu turno, o governo italiano veio invocar liminarmente, em sua defesa, que a violação daquela disposição já havia sido reconhecida no foro italiano e reparada, pelo que deixaria de ser possível considerar aqueles particulares como vítimas de uma violação. O tribunal de Estrasburgo rejeitou essa excepção, uma vez que esclareceu que, «para que os requerentes deixassem de ser consideradas como vítimas, teria de ter existido uma adequada reparação do prejuízo sofrido» — o que não aconteceu, pelo que tendo existido violação da Convenção (artigo 6.º, § 1) e dano por ressarcir na totalidade, estavam preenchidos os pressupostos para que o tribunal de Estrasburgo actuasse.

⁽⁶³⁴⁾ Esses nove processos que foram apreciados pelo TEDH e onde se concluiu por unanimidade que tinha existido violação do prazo razoável e do artigo 6.º, § 1, da CEDH são: *Scordino c. Itália*; *Riccardi Pizzati c. Itália*, processo n.º 62 361/00; *Musci c. Itália*, processo n.º 64 699/01; *Giuseppe Mostacciuolo c. Itália*; *Cocchiarella c. Itália*; *Apicella c. Itália*, processo n.º 64 890/01; *Ernestina Zullo c. Itália*, processo n.º 64 897/01; e *Giuseppina et Orestina Proccini c. Itália*, processo n.º 65 075/01.

O TEDH afirmou inclusive que deriva do princípio da subsidiariedade o dever de o juiz nacional aplicar e interpretar, dentro do possível, o direito interno conforme a Convenção e considerou inadmissível que os particulares tenham de aguardar muito tempo para obter a reparação dos danos, sendo certo que, em alguns casos, a obrigação de lançarem mão de um novo processo para obterem efectivamente a quantia devida não se mostra adequado, porquanto pode dissuadi-los dessa empreitada (*Apicella c. Itália*, de 29.03.2006). E quanto ao valor das indemnizações fixado pela jurisdição italiana, a *Cour* sublinhou que o montante de tais reparações é largamente inferior àquele que é fixado normalmente, em casos deste tipo, pelo TEDH ⁽⁶³⁵⁾. Assim, não obstante no que respeita ao dano moral não ser possível quantificar exactamente o valor da indemnização, já que se deve tratar de uma avaliação por equidade, e não obstante o juiz nacional ter uma certa autonomia que deve ser preservada, ainda assim, o Tribunal de Estrasburgo julgou que as quantias eram insuficientes e por isso aceitou considerar que as vítimas ainda não estavam razoavelmente ressarcidas pelo dano decorrente da violação do respectivo direito à emissão de sentença em prazo razoável ⁽⁶³⁶⁾.

⁽⁶³⁵⁾ Além disso, o TEDH aproveitou para expressar o seu descontentamento pelo facto de em Itália continuar a existir demora excessiva dos processos, sendo certo que a Lei Pinto não foi capaz de impedir que os requerentes fossem ainda considerados como vítimas do mau funcionamento dos serviços de justiça italianos — constituindo um facto agravante. Enfim, em todos este nove processos, o TEDH considerou ter existido demora excessiva do processo e violação do artigo 6.º, § 1, da CEDH. Sobre este tema, vd. A. VERDIN, «Droit à un procès équitable», *L'Europe des Libertés*, n.º 20, Université Robert Schuman.

⁽⁶³⁶⁾ Sobre este assunto, é interessante verificar uma tabela elaborada por MAURIZIO DE STEFANO, onde se compara o valor das quantias fixadas pelas entidades jurisdicionais italianas para compensar o dano moral decorrente da violação do prazo razoável e o valor das quantias indemnizatórias do prejuízo não patrimonial fixado pelo TEDH. Assim, por exemplo, no caso *Riccardi Pizzati c. Itália*, que obteve sentença emitida pelo TEDH em 10.11.2004, o valor atribuído no foro doméstico, de acordo com a Lei Pinto, correspondeu a € 5000 e no foro europeu foi fixado um suplemento de € 20 000, sendo certo que no total, o requerente, cujo processo demorou nos tribunais italianos 26 anos, foi indemnizado no valor de € 25 200, por danos não patrimoniais. E, aplicando a mesma lógica, no caso *Apicella c. Itália*, o dano não patrimonial foi indemnizado pelo tribunais italianos com a quantia € 2500, aplicando a Lei Pinto, e o TEDH fixou um suplemento no montante de € 7300, sendo certo que, no total, o particular, cujo processo demorou 12 anos, foi indemnizado pelos danos morais, no valor de € 9800. E por aí diante: no caso *Giuseppe Mostacciolo*: € 2000 nos Tribunais italianos => suplemento europeu € 10 900 => total € 11 900 por danos morais, decorrentes de 15 anos que demorou o processo; *Ernestina Zullo*: € 1200 nos tribunais italianos => suplemento europeu € 5164 => total de € 6364 por danos morais decorrentes de 9 anos que demorou o processo; *Concchiarella*: € 1000, nos tribunais italianos => suplemento europeu € 4600 => total € 5600 por danos morais decorrentes de 8 anos de demora processual.

Importa só concluir que, depois de aplicado o *by-pass* pelo TEDH, surgiu um *revirement* na jurisprudência italiana⁽⁶³⁷⁾. E é exactamente no contexto do dano e do cálculo da reparação que surge essa novidade. Assim, quanto ao dano, importa dizer que este pressuposto passou a incluir tanto o dano patrimonial como o moral, sendo certo que se passou a entender que ao requerente deveria caber a prova em juízo do primeiro tipo de dano, provando também que o dano emergente e o lucro cessante a ressarcir é consequência imediata e directa da duração excessiva do processo. Já quanto ao dano não patrimonial, a jurisprudência sofreu uma notável evolução, fazendo um pontual chamamento da jurisprudência do TEDH, tendo passado a afirmar que o dano não patrimonial não necessita de alguma sustentação probatória, não existindo o ónus de o requerente o provar, e, existindo, pelo contrário, o dever de o juiz o conhecer e o considerar, sempre que não existam circunstâncias particulares, que façam excluir a sua existência. Como refere F. PETROLATI, a *Sezione Unite* da *Corte di Cassazione* reconheceu que o dano moral integra a consequência normal que, à luz do *id quod plerumque accidit*, resulta da violação da duração razoável do processo e, como tal, deve presumir-se existente, na falta de situações concretas que levem a excluí-lo. Ora, se houve um dia em que a *Corte di Cassazione* considerou que o dano moral não poderia considerar-se como «dano-evento», necessariamente ínsito no dano decorrente da violação do direito a emissão de sentença em prazo razoável (*id est*: dano *in re ipsa*) e se exigia a prova de que a duração excessiva do processo havia causado um «dano psíquico seguramente sofrido em consequência da demora», essa corrente foi substituída por uma que pressupõe a aplicação de Lei Pinto em conformidade com a jurisprudência europeia e o princípio da subsidiariedade⁽⁶³⁸⁾.

Como sublinha C. NIGRO, aquela Secção da *Corte di Cassazione* (através de três decisões proferidas em 26.01.2004) explicou que a *fattispecie* constitutiva do direito à justa reparação foi prevista pelo legislador italiano mediante um explícito reenvio para o artigo 6.º da CEDH e, por isso, compete ao juiz

(637) Expressões de F. PETROLATI, *I tempi del processo e l'equa riparazione...*, cit., p. 10.

(638) Na verdade, segundo F. PETROLATI (*I tempi del processo e l'equa riparazione...*, cit., p. 11), a necessidade de o juiz italiano proceder a uma aplicação da Lei Pinto em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo decorre do princípio da subsidiariedade que regula a relação entre a jurisdição nacional e a jurisdição internacional de protecção dos direitos do homem. Assim, de acordo com este princípio a tutela do direito à duração razoável do processo deve ser assegurada, em primeiro lugar, no quadro jurídico interno de cada Estado, devendo tal protecção fazer-se através de remédios efectivos (artigo 13.º da CEDH), sendo certo que, só residualmente (ou subsidiariamente) essa protecção deve ter sede internacional. Ela só acontecerá depois de esgotados os remédios internos (artigo 35.º da CEDH) e só surgirá quando em consequência da violação não seja reparada a situação senão imperfeitamente.

nacional ter em conta a forma como o juiz europeu a aplica. Ora, no que respeita ao dano, numa dessas decisões, aquela jurisdição acolheu o dano moral, tendo inclusive procedido à inversão do ónus da prova quanto a este pressuposto, sendo certo que, de acordo com tal ideia, não cumpriria mais ao requerente o dever de provar o dano não patrimonial sofrido, antes deveria cumprir à administração da justiça provar a sua inexistência, no caso concreto ⁽⁶³⁹⁾. Aliás, a propósito da quantificação do dano, aquela jurisdição também explicou em que termos deveriam ser aplicados, *ex vi* Lei Pinto, os critérios seguidos pelo TEDH. E nessas decisões de 26.01.2004, precisou-se que os critérios seguidos pelo Tribunal de Estrasburgo na avaliação do dano não patrimonial «se impõem» ao juiz nacional italiano, tendo tal Tribunal nacional sublinhado a exigência de se examinar e valorar os critérios seguidos pela jurisdição europeia, não só no que concerne à escolha dos parâmetros de quantificação da compensação do prejuízo como para a formulação de um esquema ou grelha de valoração da duração razoável.

2.3. Acabada a descrição da experiência italiana e verificada a influência do direito europeu neste sistema, cumpre agora perceber como tem sido alcançada a reparação dos danos emergentes da violação do prazo razoável em outros ordenamentos. Se no sistema francês, o *amadurecimento* de recursos internos de reparação de danos por violação do prazo razoável resultou da própria evolução jurisprudencial, como já assinalámos, a propósito da incidência da jurisprudência de Estrasburgo nesse sistema, a experiência espanhola revela a mesma lógica de maturação do mecanismo e de revelação de confiança por parte do TEDH ⁽⁶⁴⁰⁾.

A violação do direito fundamental a «um processo público sem dilações indevidas», consagrado no artigo 24.º, n.º 2, da Constituição espanhola sustenta a responsabilização directa do Estado. E, nos termos do artigo 121.º da CE e de acordo com a lei (*maxime*, segundo os artigos 292.º a 297.º da *Ley Orgánica del Poder Judicial*), o Estado responde directamente por danos causados por «erro judiciário» ou por «danos decorrentes do funcionamento anormal da administração da justiça», sem prejuízo do direito de regresso contra Juízes e Magistrados por danos provocados com «dolo ou culpa grave». Segundo a jurisprudência administrativa e constitucional, aquele normativo deve integrar a reparação devida por danos resultantes da violação do prazo razoável, quer

⁽⁶³⁹⁾ Neste sentido, C. NIGRO, «La Legge Pinto...», cit., p. 5.

⁽⁶⁴⁰⁾ A este propósito, para considerações desenvolvidas sobre a natureza e o conteúdo do direito à tutela judicial, especialmente sobre o direito ao processo sem dilação indevida, vd. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional...*, cit., pp. 51 ss.; pp. 315 ss.

por «mau funcionamento do serviço de justiça (*culpa in committendo*)», quer por omissão de funcionamento do serviço de justiça «(*culpa in omittendo*)» (641). O TEDH tem entendido que o regime assim configurado prevê um recurso útil e eficaz que os particulares devem accionar antes de um eventual recurso aos órgãos da Convenção (processo *Prieto Rodriguez c. Espanha/1993*) (642).

3. A perspectiva nacional

A jurisprudência do Supremo que já invocámos com admiração, foi efectivamente iniciada no fim da década de oitenta, com o aresto das *Garagens Pin-tosinho/1989* — na altura considerado como «um *leading case* da *jurisdictio* portuguesa no domínio da responsabilidade do Estado» (643). E, como sabemos, desde então, ao longo de vinte anos, o sentido dessa jurisprudência foi ganhando estabilidade, tendo exercido influência nos demais níveis da jurisdição administrativa (3.1). E foi determinante, em cada momento, estar a par das decisões proferidas em Estrasburgo, tanto mais quanto o juiz de Estrasburgo nunca deixou de observar o juiz nacional (3.2).

3.1. Aliás, no que respeita ao problema do âmbito da jurisdição administrativa, importa lembrar que o CPTA e o ETAF só vieram reconhecer o sentido dessa jurisprudência administrativa já consolidada. E é, pois, clara a entrega à jurisdição administrativa da competência para conhecer as acções sobre responsabilidade civil extracontratual, propostas contra o Estado-juiz, tendo por fundamento os danos decorrentes do defeituoso funcionamento dos serviços de justiça, designadamente, por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, seja, portanto, qual for a jurisdição a que pertença o tribunal em causa. Trata-se neste caso, para além do mais, «de danos derivados das insuficiências ou deficiências logísticas dos tribunais, dos denominados erros de actividade, por infracção das regras processuais por que se pauta o exercício da função jurisdicional (incluindo dos seus serviços de apoio)». E, não obstante a polémica que um dia existiu, hoje os tribunais administrativos têm ainda (ou também têm) competência para julgar algumas acções de respon-

(641) A este propósito, para considerações desenvolvidas, R. LÓPEZ MUÑOZ, *Dilaciones indebidas...*, cit., pp. 198 ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional...*, cit., pp. 51 ss.; pp. 416 ss.

(642) Neste sentido, R. LÓPEZ MUÑOZ, *Dilaciones indebidas...*, cit., pp. 206 ss.; M. A. NOWICKI, «Les lenteurs des procédures civiles et pénales...», cit., pp. 64 e 65.

(643) Neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO, anotação ao acórdão de 7 de Março de 1989, RLJ, ano 123.º, 1990-1991, n.º 3799, p. 305.

sabilidade com fundamento em erro judiciário — contudo, apenas aquelas em que se invoca erro cometido pelos tribunais administrativos —, sendo certo que estas acções têm como fundamento um erro evidente na determinação, interpretação ou aplicação dos factos ou do Direito, ou, por outras palavras, trata-se de acções que respeitem aos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto ⁽⁶⁴⁴⁾.

E, do ponto de vista do direito substantivo e, em particular, no que respeita ao regime jurídico e aos pressupostos de responsabilização do Estado pelo deficiente funcionamento do serviço de justiça, cumpre mencionar que a jurisprudência iniciada pelo Supremo no processo das *Garagens Pintosinho/1989* foi sendo reforçada de acórdão para acórdão, pese embora também ter existido, de quando em vez, algum recuo. Aliás, de um modo geral, o Supremo fez depender a condenação do Estado-juiz dos seguintes pressupostos (cumulativamente exigidos): *a) o facto do lesante* constituído por um comportamento voluntário, podendo revestir a forma de acção ou omissão; *b) a ilicitude*, advinda da ofensa de direitos de terceiros ou disposições legais emitidas com vista à protecção de interesses alheios; *c) a culpa*, nexa de imputação ético-jurídica que, na forma de mera culpa, traduz a censura dirigida ao autor do facto por não ter usado de diligência que teria um homem normal perante as circunstâncias do caso concreto ou daquela que teria um funcionário ou agente típico. Pelo que, face à definição do ilícito contida no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48 051, o Supremo considerou que seria difícil estabelecer a linha de fronteira entre a ilicitude e a culpa, já que a omissão

⁽⁶⁴⁴⁾ Assim, em suma, depois de 2004, deixou de existir dúvida quanto à competência da jurisdição administrativa para decidir as questões de responsabilidade civil extracontratual resultante do exercício da função jurisdicional, já que nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea g), e artigo 4.º, n.º 3, alínea a), do ETAF, a jurisdição administrativa abarca todas as situações de responsabilidade civil extracontratual resultante do exercício da função jurisdicional, com a excepção da de responsabilidade por erro judiciário cometido por tribunais pertencentes a outras ordens de jurisdição, bem como as correspondentes acções de regresso. Sobre este tema, vd. especialmente M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA (*Código de processo nos tribunais administrativos*, Vol. I, Coimbra, 2004, esp. pp. 59 e 60 e pp. 272 ss.) cuja orientação foi seguida muito de perto no corpo de texto. Vd., também, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa (lições)*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 179 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 99 ss.; V. PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, Coimbra, 2005, pp. 479 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, anotação aos artigos 37.º ss.

negligente de deveres funcionais preencheria simultaneamente os dois conceitos, concluindo, assim, que existindo o ilícito teria de aceitar-se a culpa; *d) o dano*, lesão de ordem patrimonial ou não patrimonial, só havendo direito a indemnização quando o dano, pela sua gravidade, avaliada segundo um padrão à luz de factores subjectivos, mereça a tutela do direito; *e) o nexo de causalidade* entre a conduta e o dano, apurado segundo a teoria da causalidade adequada.

Nesta vereda, foi decisivo o contributo dado pelo acórdão *Neno/1998* — em que o Supremo considerou ter existido violação do prazo razoável para prolação de sentença numa acção sumária, cuja duração ultrapassou seis anos e onze meses —, pelo acórdão *Alecarpeças/2001*, que veio consolidar definitivamente os avanços dados pela jurisprudência do Supremo quanto à questão da jurisdição competente e quanto ao regime jurídico aplicável, pelo acórdão do TCA-N de 30.03.2006, processo n.º 5/04.2BEPRT, que, pela primeira vez, definiu com clareza os critérios de determinação da razoabilidade da duração do processo, pelo acórdão do Supremo de 28.11.2007 e pelo acórdão do TCA-S de 30.04.2008, nos quais se veio reconhecer o dano moral como dano indemnizável⁽⁶⁴⁵⁾.

E, sem dúvida que a partir da invocação mais frequente da «mera culpa funcional dos serviços de justiça» ou «culpa funcional consubstanciada no mau funcionamento dos serviços de justiça», «dispensando a sua imputação a um comportamento individual» e fazendo-a estender ao «serviço globalmente considerado», e a partir do acolhimento dos critérios europeus de medição do prazo razoável, apreciando *in concreto* o período gasto na diligência, as suas circunstâncias, a sua complexidade e a conduta tida pelos serviços do tribunal — e a partir do momento em que se inclui no dano indemnizável o dano moral, não o restringindo ao dano especialmente grave — foi alcançada uma boa dose de efectividade do mecanismo nacional de ressarcimento dos danos decorrentes da violação do prazo razoável⁽⁶⁴⁶⁾.

⁽⁶⁴⁵⁾ Sobre este tema, vd. o nosso «Violação do prazo razoável: quanto custa ao Estado enxotar o relógio e dar corda ao gato?», CJA, n.º 71, 2009.

⁽⁶⁴⁶⁾ Sobre este elenco muito significativo de acórdãos proferidos nesta matéria, cumpre enunciar o acórdão ditado no processo *Garagens Pintosinho/1989* (acórdão de 07.03.1989, publ. in: AD, 344-345, p. 1035); o acórdão *Neno/1998* proferido pelo STA em 15.10.1998 (processo n.º 36 811, CJA, n.º 17, 1999, pp. 17 ss.) e o aresto proferido pelo STA no processo *Alecarpeças* (acórdão de 01.02.2001, processo n.º 46 805, in: AD, 482, p. 151). Sobre alguns destes arestos, vd. MARIA LÚCIA AMARAL, «Responsabilidade civil extracontratual do Estado: a propósito do prazo de prescrição do direito à indemnização», CJA, n.º 12, 1998, pp. 31 ss.; JOÃO CAUPERS, «A pretexto do acórdão do STA de 15 de Outubro de 1998», CJA, n.º 17, 1999. E sobre este assunto, vd. o nosso «A responsabilidade do Estado pela violação do prazo razoável: *quo vadis?*», RMP, 115, 2008, pp. 5 ss.

§ 3. PROCESSO TEMPORALMENTE JUSTO: A EUROPEIZAÇÃO DAS METODOLOGIAS DE AVALIAÇÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL E DA JUSTA REPARAÇÃO

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. A metodologia europeia. 2. A metodologia nacional. 3. Esboço de uma metodologia a seguir

0. Introdução

É um facto que, de acordo com o princípio que liga as duas jurisdições, a nacional e a europeia, cabe ao juiz nacional, através de um mecanismo efectivo, nos termos do artigo 13.º, proteger os direitos e liberdades reconhecidos pela CEDH, e é um facto que só haverá intervenção do tribunal de Estrasburgo — designadamente para fixar uma reparação razoável a favor das vítimas da violação da (Convenção) constatada — se, depois de esgotados os mecanismos nacionais, nos termos do artigo 35.º, não tiver existido uma resposta reparadora satisfatória por parte do juiz nacional. E, em cada momento, tem cabido, pois, ao TEDH apreciar se há mecanismos nacionais efectivos e se, tendo tais mecanismos sido esgotados, se a solução doméstica oferecida tem permitido obviar às consequências resultantes da violação ou se ela não obvia senão imperfeitamente a tais consequências, tendo o Tribunal de Estrasburgo actuado, tantas vezes, subsidiariamente neste tipo de questões relativas à violação do prazo razoável. E tem-lhe cabido também classificar os mecanismos nacionais como «efectivos» ou não efectivos.

Assim, no que concerne às qualidades que devem ter os mecanismos nacionais que protegem os direitos e liberdades consagrados na CEDH, não deixa de surpreender a jurisprudência que vai sendo, de dia para dia, ditada pelo Tribunal de Estrasburgo — como aconteceu mais recentemente em matéria de protecção do requerente de asilo (caso *Gebremedhin c. France*/2007, processo n.º 25 389/05) — sendo certo que tais decisões impelem os Estados Signatários ao constante aperfeiçoamento dos mecanismos, numa lógica de *work in progress*, no sentido de que os mesmos devem oferecer «efectividade»⁽⁶⁴⁷⁾, sendo a fasquia de exigência aumentada constantemente, não sendo suficiente,

(647) Aliás, o TEDH veio claramente dizer que seria necessário ao Estado garantir ao requerente do direito de asilo processos rápidos e não só processos com efeito suspensivo, que lhe permitam obter uma decisão de mérito em tempo útil. Na verdade, o Tribunal de Estrasburgo, em 26 de Abril de 2007, no processo *Gebremedhin c. France* (n.º 25 389/05), censurou por unanimidade o Estado francês por, ao negar asilo e expulsar um jornalista eritreu, não lhe oferecer um mecanismo interno efectivo de defesa, sendo certo que ao dar a ordem de expulsão e ao ser rejeitado pelo juiz administrativo o pedido de suspensão daquela decisão em processo de *référé*-

de resto, aos Estados Signatários prever figuras de reparação. E, a garantir-se um mecanismo que permita às vítimas alcançar uma indemnização pelos danos decorrentes da violação da Convenção, necessário é que ele realize uma reparação eficaz (tanto em teoria como na prática), suficiente e (também ela) realizável em prazo razoável⁽⁶⁴⁸⁾. Enfim, quanto possível, deve, pois, existir uma pauta comum de protecção do direito de acesso aos tribunais, nas duas diversas dimensões — segundo o princípio da «adaptação uniforme de *standards* mínimos de efectividade», como escreve SÉRVULO CORREIA⁽⁶⁴⁹⁾ — e deve existir especialmente parâmetros objectivos comuns de apreciação da eventual violação do direito à emissão de sentença em prazo razoável.

As garantias de protecção do direito ao processo temporalmente justo foram sempre mais eficazes no espaço europeu do que no sistema dos remédios de matriz nacional. E, igualmente, a metodologia de avaliação da razoabilidade da duração dos processos foi sendo sempre mais racional e objectiva no contexto da actuação dos órgãos da Convenção, mormente do Tribunal de Estrasburgo, do que no quadro da actuação do juiz nacional. Aliás, não há dúvida de que o método mais seguro para medir a razoabilidade da duração de um processo é ainda aquele que os órgãos da Convenção foram criando para

-liberté (nos termos do artigo L. 521.2 do CodeJA), o TEDH considerou ter existido violação dos artigos 3.º e 13.º da Convenção, pois em causa estava tanto o risco de a vítima poder vir a sofrer tortura, pena ou tratamento desumano ou degradante em consequência da expulsão como a ausência de um recurso efectivo de defesa, tendo procedido à intimação das autoridades francesas para procederem à suspensão imediata da decisão (o que permitiu ao estrangeiro obter uma autorização provisória de permanência) — tendo o TEDH dado um salto em diante, depois das decisões *inconclusivas* dadas nos casos *Cruz Varas c. Suécia e Čonka c. Bélgica*. Sobre este assunto, vd., por todos, CÉDRIC SENELAR-GIL, «Recours juridictionnel contre une décision de non-admission sur le territoire: le référé-liberté, remède ou placebo? Quelques réflexions sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 avril 2007, Gebremedhinc/France», in www.guglielmi.fr.

(648) É exactamente por isso que, a propósito das garantias do prazo razoável dos particulares perante o Estado-juiz, consideramos que é necessária a consideração da providência cautelar antecipatória, prevista no artigo 133.º do CPTA — a regulação provisória do pagamento de quantias —, uma vez que só deste modo sairá satisfeita a obrigação internacional decorrente (agora de modo muito mais claro, depois do caso *Kudła*) tanto do artigo 6.º como do artigo 13.º da CEDH. A este propósito, vd. processo *Kudła c. Polónia/2000*, e sobre as implicações deste acórdão, vd. o nosso texto «A garantia do prazo razoável: o juiz de Estrasburgo e o juiz nacional...», cit., p. 65; J.-F. FLAUSS, «Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable: un revirement de jurisprudence historique», RTDH, 2002, p. 188, nota 27. E vd. tb. JOAQUIM PIRES DE LIMA, «Comentário à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre a admissibilidade da queixa n.º 65305/01, apresentada por Maria de Lourdes Gouveia da Silva Torrado contra Portugal», ROA, ano 63, Lisboa, Abril, 2003, pp. 495 ss.

(649) Expressão de SÉRVULO CORREIA, *Direito do contencioso administrativo*, Lisboa, 2005, p. 188.

avaliar do fundamento das queixas que lhes foram sendo apresentadas contra os Estados, por violação da garantia do prazo razoável. A «metodologia sistemática» ⁽⁶⁵⁰⁾, que foi sendo instituída e testada ao longo das últimas dezenas de anos, assentou inicialmente em três parâmetros de avaliação, sendo certo que mais recentemente se evidenciou um quarto, nos termos do qual se veio atender à situação jurídica, *maxime*, à *situação-jurídica-de-urgência*, que é carente de tutela e sobre a qual versa o processo.

É, de facto, com base nesta metodologia de valoração da noção de «prazo razoável» que os órgãos de Estrasburgo têm procurado, no conjunto de tanta diversidade e variáveis, «objectivar e racionalizar a sua jurisprudência» ⁽⁶⁵¹⁾, ditando princípios precisos e coerentes, que transmitem a previsibilidade e segurança jurídicas, próprias de todas as interpretações de direito. E o método seguido inicialmente, em que se encontra uma «suficiente dose de racionalidade» ⁽⁶⁵²⁾, não obstante o intérprete possuir uma margem de apreciação num caso concreto, traduziu-se na apreciação da duração do processo atendendo aos seguintes critérios ou parâmetros, a saber: a complexidade do processo, o comportamento das partes e a actuação das autoridades competentes. E, como mais recentemente a jurisprudência de Estrasburgo autonomizou a partir do primeiro critério um outro, um critério que atende à situação-jurídica que é carente de tutela, e sobre a qual incide o processo, cumpre sublinhar que a metodologia europeia inclui hoje a análise da importância que a prolação da decisão judicial pode ter para o requerente — «l'enjeu du litige» (I).

O contributo do TEDH para o aprimoramento do conceito da duração justa de um processo e para a decantação dos parâmetros a ter em conta para a avaliação da razoabilidade da duração de um processo é realmente significativo. Em abono da verdade, a metodologia que neste momento se conhece como mais perfeita para medir a duração do processo é o da lavra da *Cour* de Estrasburgo ⁽⁶⁵³⁾, não sendo, portanto, de estranhar, que esta seja seguida tanto pelos tribunais nacionais dos Estados signatários da Convenção como pelo legislador. É certo que caracterizar o direito a um processo efectivo e tem-

⁽⁶⁵⁰⁾ O. CORTEN, *L'utilisation du 'raisonnable'...*, cit., p. 557.

⁽⁶⁵¹⁾ Neste sentido, vd. F. MATSHER, «La jurisprudence...», cit., p. 469. Sobre este tema, vd. C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea...*, cit., pp. 397 ss.; J.-F. FLAUSS, «Le droit à un recours effectif...», cit., pp. 190 ss.; N. FRICERO, «Les garanties d'une bonne justice...», cit., pp. 455 ss.

⁽⁶⁵²⁾ Neste sentido, O. CORTEN, *L'utilisation du 'raisonnable'...*, cit., pp. 560, 561.

⁽⁶⁵³⁾ Sobre este assunto, vd. F. MATSHER, «La jurisprudence...», cit., p. 469; O. CORTEN, *L'utilisation du 'raisonnable' par le juge international*, Bruxelles, 1997, p. 557; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea...*, cit., esp. pp. 397 ss.; J.-F. FLAUSS, «Le droit à un recours effectif...», cit., pp. 190 ss.; N. FRICERO, «Les garanties d'une bonne justice...», cit., pp. 455 ss.

poralmente justo e concretizar a razoabilidade da sua duração — por referência a «tempo útil», «adequação temporal» ou «justiça temporalmente adequada» (654) — continua a ser um empreendimento de difícil conclusão, principalmente para o juiz nacional que tem que avaliar a duração do processo nacional, a eficiência do Estado-legislador e do Estado-juiz e a forma como outro juiz nacional conduziu o processo. E assim é, porque na ausência de uma metodologia assente em critérios de ordem racional, a avaliação descamba em avaliações de tipo subjectivo, contingente e relativo, misturando-se, vezes sem conta, a questão da razoabilidade da duração processual com a questão da culpa. Além de tudo o mais, também contribui para tal complexidade o facto de o apuramento da duração do processo dever realizar-se sempre em concreto, atendendo às circunstâncias de um caso e tendo em conta as particularidades das matérias e os assuntos que constituem as situações litigiosas.

Entre nós, o Tribunal Constitucional, não obstante ter referido múltiplas vezes que o direito de acesso aos tribunais compreende o direito à decisão judicial em prazo razoável, nunca se pronunciou de modo directo sobre o específico conteúdo do direito a uma decisão judicial em prazo razoável. E, por isso, não há, entre nós, uma orientação precisa quanto aos parâmetros a ter em conta na avaliação da razoabilidade da duração dos processos. E, como verificámos, os tribunais administrativos têm revelado alguma fragilidade quanto à elaboração da metodologia para valorar a razoabilidade da duração processual. E, não conseguindo criar uma metodologia própria, assente em parâmetros nacionais, os tribunais administrativos têm vindo a mitigar a metodologia europeia com elementos próprios. Assim aconteceu no processo *Garagens Pintosinho/1989*, no processo *Neno/1998* (655), no processo *Alecarpeças/2001* e no aresto do TCA-N (de 30.03.2006) (656) (2).

Se este é mais um dos aspectos da *europaização* do direito administrativo e do direito processual administrativo que surge em torno da concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo, agora que foi publicado o RRcivilEE cumpre precisar uma metodologia que permita acolher a orientação europeia, sobretudo a propósito da apreciação em concreto do pressuposto de ilicitude, isto é de apreciação da violação do direito a emissão de sentença em prazo razoável, a propósito da identificação do dano

(654) Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição...*, cit., pp. 494 ss.

(655) Acórdão do STA de 15.10.1998, processo n.º 36 811, publicado in: CJA, 17, 1999, pp. 17 ss.

(656) Acórdão do TCA-N de 30.03.2006, processo n.º 5/04.2 BEPRT.

reparável e especialmente no que concerne ao apuramento da quantia de ressarcimento do dano (3.).

1. A metodologia europeia

Como se indicou nas considerações introdutórias, a metodologia desenvolvida pela jurisdição europeia é segura e credível, já que assenta em elementos de racionalidade. E, pode afirmar-se que, ainda que o conceito de «prazo razoável» esteja longe de ser definido em termos de suficiência, isto é, «de uma vez por todas» (657), os parâmetros europeus oferecem racionalidade e objectividade. E tanto é assim que, para os órgãos da convenção, pouco importa que haja ilicitude ou culpa dos agentes que têm a seu cuidado a administração da justiça e pouco importa também que o Estado em causa invoque argumentos justificadores de ordem conjuntural, incluindo motivos políticos transitórios ou restrições de ordem financeira e económica. Para a avaliação da demora do processo só conta um grupo de quatro parâmetros, a saber: os comportamentos das partes no processo, a atitude das autoridades competentes, a complexidade do processo e a situação de carência que é objecto de tutela no processo.

Cumpra a este propósito dizer, em primeiro lugar, que tal metodologia pressupõe a aplicação, caso a caso, de três critérios, constituindo, portanto, uma verificação *in concreto* e numa perspectiva global (658), isto é, desde que o processo é iniciado, com a introdução da acção no tribunal competente, até que finaliza com o pronunciamento de uma decisão final. Cumpra notar, no entanto, que a jurisprudência de Estrasburgo atende a especificidades próprias do processo civil e do processo penal para considerar o *dies ad quo* e o *dies ad quem* do período a ter em conta para o cálculo do prazo razoável (659), sendo certo que também contabiliza a duração dos processos gratuitos obrigatórios

(657) Expressão de J. J. GOMES CANOTILHO, anotação ao acórdão de 7 de Março..., cit., p. 307.

(658) Vd. J. M. B. SANCHEZ-CRUZAT, *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo*..., cit., p. 113.

(659) A este propósito, vd., por exemplo, o caso *Stratégies et communications e Dumoulin c. Bélgica*, que foi resolvido pelo acórdão do TEDH de 15 de Julho de 2002, onde se afirma o seguinte: «O segredo de justiça não pode ser invocado como obstáculo à aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, designadamente para a apreciação da observância do prazo razoável na fase do processo que se encontra sob segredo. Todavia, porque o direito interno estabelece o princípio do segredo de justiça na fase de inquérito (*instruction*), compreende-se que as partes não possam revelar informações substanciais sobre a sua evolução, pelo que a avaliação do Tribunal terá de ter um carácter global, não podendo incidir especificamente sobre cada um dos critérios estabelecidos (a saber, a complexidade da causa, o comportamento do requerente e das autoridades nacionais)».

que decorrem junto da Administração ⁽⁶⁶⁰⁾ e também atende a particularidades do processo constitucional ⁽⁶⁶¹⁾.

No que respeita, agora, à aplicação dos critérios de avaliação da duração do processo, e, *primeiro*, no que concerne à apreciação da complexidade do processo, cumpre dizer que os órgãos da Convenção atendem tanto às circunstâncias de facto como aos aspectos de direito do processo, que são susceptí-

⁽⁶⁶⁰⁾ Quanto a ter em conta os recursos gratuitos administrativos, accionados previamente à interposição da acção nos tribunais administrativos, esta prática foi seguida nos casos *X. c. França/1992*, *Vallée c. França/1994* e *Cazenave de la Roche c. França/1998*. No que respeita ao processo civil, o ponto de partida para a contagem é, por norma, a data da entrada da acção no tribunal competente (caso *Bucholz/1981*). No direito penal, o *dies ad quo* é a data da «acusação», sendo certo que esta não é compreendida em sentido rigoroso formal, mas como «la notification officielle émanant de l'autorité nationale competente du reproche d'avoir accompli une infraction pénale», podendo, em certas situações a acusação revestir «la forme d'autres mesures impliquant un tel reproche et entraînant elles aussi des répercussions importantes sur la situation du suspect». Portanto, a *Cour* fez prevalecer um conceito material de acusação (e não formal), para este efeito, podendo a duração do processo contar-se a partir do momento em que o indivíduo é objecto de uma acusação, sendo que esta pode coincidir com a data da prisão ou detenção ou com a data da abertura do inquérito, sendo que, inclusive, tal conceito já correspondeu ao conjunto de «décisions qui déterminent la culpabilité de la personne et qui fixent la peine». A este propósito, vd. caso *Stratégies et communications e dumoulin contra Bélgica*, que foi resolvido pelo acórdão de 15 de Julho de 2002 (acessível in: www.pgr.pt/). Quanto ao *dies ad quem*, tanto em matéria penal como civil, este situa-se na data em que é tomada a decisão definitiva, contando as instâncias de recurso (caso *König/1978*) e a intervenção do juiz constitucional, quando o sentido da sua decisão não é indiferente ao processo principal (caso *Deumeland/1986*) — deixando, todavia, de fora da contabilização do tempo de demora o recurso para o TJ (caso *Pafitis e o. c. Grécia/1998*). Os órgãos da Convenção já admitiram também que a duração da instância em matéria civil pode incluir a ulterior fase executiva. A este propósito, vd. L. SERMET, *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1993-1994, pp. 322 ss.; G. COHEN-JONATHAN, *La convention européenne des droits de l'homme*, Economica-PUAM, 1989, pp. 419 a 423; J.-P. CÉRÉ, «L'article 6 de la convention européenne...», cit., p. 870; N. FRICERO, «Les garanties d'une bonne justice...», cit., pp. 508 a 509.

⁽⁶⁶¹⁾ Com efeito, o TEDH afirmou esta ideia no acórdão de 25 de Fevereiro de 2000, que versou sobre o caso *Gast e Popp c. Alemanha*, uma vez que considerou que deveria ser tomada em conta as particularidades do processo constitucional e a situação de urgência, no caso concreto. Assim, mencionou o seguinte: «segundo a jurisprudência do TEDH, entende-se que a duração da instância no tribunal Constitucional deve ser considerada na apreciação da razoabilidade do prazo sempre que a sua decisão tenha consequências sobre o método como o caso concreto vai ser julgado nos tribunais comuns, inserindo-se, nessa medida, a instância no Tribunal Constitucional no âmbito de aplicação do artigo 6.º, § 1, da Convenção. (...) Sendo certo que [a obrigação de julgar em prazo razoável] também se aplica aos tribunais constitucionais, o seu caso contudo assume contornos diferentes comparativamente a um tribunal comum, já que o seu papel de guardião da Constituição obriga-o, por vezes, a dar prevalência a outras questões, em função da sua natureza e da respectiva relevância económico-social, podendo não atender, por isso, meramente à ordem cronológica de entrada dos recursos».

veis de contribuir para que o mesmo demore para além do razoável a definir-se definitivamente ⁽⁶⁶²⁾. *Secundo*, quanto ao comportamento das partes, o juiz de Estrasburgo analisa em que termos a sua actuação (ou omissão) contribuiu para a existência de dilações temporalmente indevidas no processo, tanto no que respeita à vinda ao mesmo para exercício de direitos como na utilização de mecanismos processuais ⁽⁶⁶³⁾. E, *tertio*, o comportamento das autoridades nacionais é considerado numa perspectiva ampla, uma vez que a avaliação *in concreto* da duração do processo atende não só ao comportamento tido no processo pelas autoridades judiciárias, mas contempla também a apreciação da conduta de outras entidades do Estado, inseridas até no poder executivo e legislativo, cujos actos ou omissões poderão traduzir, no contexto do direito internacional, incumprimento da obrigação de resultado, exigida pelo artigo 6.º, § 1, da CEDH ⁽⁶⁶⁴⁾. Na verdade, aos olhos dos órgãos da Convenção, nem as situações de demora decorrentes da falta de recursos humanos e materiais ⁽⁶⁶⁵⁾, nem o dever de escrupuloso cumprimento pelo juiz do princípio do dispositivo justificam a prolação tardia de uma sentença ⁽⁶⁶⁶⁾.

Explicando melhor o sentido do primeiro, deve precisar-se que a sua análise implica a consideração do número de pessoas a que respeita a causa; o tipo de peças processuais, nomeadamente os articulados; a produção de prova, inclusive a pericial, a realizada por via de cartas precatórias e a complexidade das investigações quando se trata, nomeadamente, de um processo de dimensão internacional; a dificuldade da elaboração de sentença, número de jurisdições envolvidas, por via de recurso, e a elaboração de conta. E as dificuldades decorrentes da própria aplicação do direito ao caso concreto, considerando as dúvidas sobre as questões de direito ou a própria natureza intrincada do litígio, são também tidas em conta pelo juiz europeu no momento em que examina se a duração excessiva do processo pode desculpar-se e aceitar-se como razoável, atendendo a este parâmetro que respeita à complexidade do processo ⁽⁶⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶²⁾ A este propósito, vd. P. LAMBERT, «Les notions de ‘délai raisonnable...’», cit., pp. 14 e 15; N. FRICERO, «Les garanties d’une bonne justice...», cit., p. 510.

⁽⁶⁶³⁾ A este propósito, vd. O. CORTEN, *L’utilisation du ‘raisonnable...’*, cit., p. 559.

⁽⁶⁶⁴⁾ Sobre este assunto, vd. P. LAMBERT, «Les notions de ‘délai raisonnable’...», cit., pp. 14 e 15.

⁽⁶⁶⁵⁾ Neste sentido, IRENEU CABRAL BARRETO, *A convenção europeia...*, cit., p. 57.

⁽⁶⁶⁶⁾ Mais em concreto, o tribunal entendeu que, ainda que o processo seja regido pelo princípio do dispositivo, aos magistrados cumpre a obrigação de intervir no sentido de providenciar pelo seu andamento célere, pelo que, do ponto de vista dos órgãos da Convenção, a invocação da natureza do processo, pouco importa.

⁽⁶⁶⁷⁾ A este propósito, vd., por exemplo, o caso *Stratégies et communications e Dumoulin c. Bélgica*, que foi resolvido pelo acórdão do TEDH de 15.07.2002, onde se afirma o seguinte: «(...) que a avaliação do Tribunal terá de ter um carácter global, não podendo incidir especifi-

No que respeita ao segundo critério, que atende ao comportamento das partes, *maxime* a do requerente, cumpre explicitar, mais concretamente, que o TEDH examina em que termos a utilização de expedientes ou a prática de certas faculdades pelas partes, especialmente pela parte que requer a compensação económica, pode ter obstado ao regular andamento do processo e pode ter, assim, contribuído para exceder a demora razoável na obtenção de decisão judicial. Os órgãos de Estrasburgo já afirmaram que são exemplo de tais comportamentos a constante substituição do advogado, a demora na entrega de peças processuais, a recusa em aceitar as vias de instrução oral, o abuso de vias de impugnação e recurso, sempre que a atitude das partes se revele como abusiva e dilatória (caso *Bucholz/1981* e caso *Stratégies et communications et Dumoulin/2002*). Na verdade, o Tribunal de Estrasburgo tem entendido que certo tipo de actuações no processo, e, designadamente, a não utilização pelas partes de instrumentos internos de aceleração processual, comportamentos que demonstram obstrução ao andamento ou não cooperação no andamento do processo, justificam objectivamente a excessiva demora processual, pelo que, nesses casos, a demora não poderá qualificar-se como excessiva e as partes não poderão queixar-se dela, principalmente aquela que lhe deu azo (668).

Finalmente, quanto ao terceiro critério, aquele que atende ao comportamento das autoridades nacionais, cumpre dizer que ele pressupõe uma apreciação do ponto de vista internacional ou externo, isto é, de fora, sendo, por isso mesmo, uma apreciação que não se resume ao comportamento dos magistrados que conduzem o processo, mas se estende à apreciação das obrigações que impendem sobre os poderes executivo e legislativo (669). Assim, neste sentido, os órgãos da Convenção têm considerado que nem a invocação de excesso de zelo para realização de prova (caso *Bock/1989*), nem a doença temporária de pessoal do tribunal em causa (caso *Bunkate c. Países Baixos/1985*), nem a falta estrutural de meios e recursos, mesmo que tal tipo de falhas seja simplesmente de natureza temporária, são razões suficientemente aceitáveis

camente sobre cada um dos critérios estabelecidos (a saber, a complexidade da causa, o comportamento do requerente e das autoridades nacionais). A investigação revelava complexidade, no entanto, este facto, só por si, não justifica a excessiva duração do processo, nem se encontra motivo que demonstre a intenção do segundo requerente de dificultar a evolução do processo, pelo que se considera razoável o período de tempo (superior a seis anos) que durou a fase de inquérito (*instruction*), que ainda não terminou». A este propósito e sobre um rol significativo de jurisprudência, vd. N. FRICERO, «Les garanties d'une bonne justice...», cit., p. 510.

(668) Neste sentido, vd., apresentando um rol significativo de exemplos retirados da jurisprudência dos órgãos da Convenção, N. FRICERO, «Les garanties d'une bonne justice...», cit., p. 511.

(669) Neste sentido, vd. N. FRICERO, «Les garanties d'une bonne justice...», cit., pp. 512 e 513.

para considerar que a duração de certo processo não excedeu o razoável, não podendo, pois, o Estado-sinatário da Convenção desculpar-se junto dos órgãos da Convenção, invocando tal tipo de argumentos. A jurisprudência tem estimado que os períodos prolongados de inatividade de um tribunal poderão constituir violação do artigo 6.º, § 1, da Convenção, pouco relevando que tais situações se justifiquem por existir uma crise política temporária ou a insuficiência provisória de meios e recursos (caso *Garcia c. Portugal/1989*). E nem o facto de o processo se reger segundo o princípio do dispositivo iliba o Estado-juiz de responsabilidade pela violação do prazo razoável, uma vez que cumpre ao juiz assegurar a celeridade processual conforme com o artigo 6.º, § 1, da CEDH (caso *Guincho c. Portugal/1987*) e, neste contexto, cumpre-lhe rejeitar o pedido de diligências das partes que se apresentem como dilatórias (caso *Baraona c. Portugal/1987*) e cumpre-lhe assegurar, de igual modo, que as diligências a realizar por peritos sejam finalizadas dentro do prazo requerido (*Capuano c. Itália/1987*) ⁽⁶⁷⁰⁾.

A enumeração dos critérios/parâmetros de apreciação da razoabilidade da duração de um processo não ficaria completa sem nos referirmos, com pormenor, finalmente, a um último critério que tem ganho autonomia em face do primeiro: «l'enjeu du litige» ⁽⁶⁷¹⁾. Assim, ao examinar o critério da natureza da situação que é carente de tutela e que é o objecto do litígio, o Tribunal de Estrasburgo aprecia o assunto sob que o mesmo versa e a importância que a prolação atempada de sentença pode ter para a vida pessoal, familiar ou profissional das partes. Neste sentido, o TEDH já esclareceu que a medida razoável abstracta de duração de um processo pode na prática, num caso individual e concreto, demonstrar ser pouco ou nada razoável, bastando para isso que o assunto sobre que a contenda incida exija uma actuação mais imediata ou a prática de uma diligência urgente e excepcional por parte do tribunal ⁽⁶⁷²⁾.

⁽⁶⁷⁰⁾ Neste sentido, apresentando um rol significativo de exemplos retirados da jurisprudência dos órgãos da Convenção, N. FRICERO, «Les garanties d'une bonne justice...», cit., p. 511.

⁽⁶⁷¹⁾ Neste sentido, no caso *König/1978*, o Tribunal, a par da análise dos três tradicionais critérios, procurou saber em que medida a demora na obtenção da decisão judicial interferia com a situação profissional do requerente e no caso *Deumeland/1986*, o Tribunal de Estrasburgo continuou o mesmo género de exame ao averiguar da necessidade de uma particular diligência requerida em matéria de assistência social. A este propósito, vd. L. SERMET, *Convention Européenne...*, cit., pp. 330 ss.

⁽⁶⁷²⁾ Com efeito, o TEDH afirmou esta ideia no acórdão de 25 de Fevereiro de 2000, que versou sobre o caso *Gast e Popp c. Alemanha*, uma vez que considerou que deveria ser tomada em conta a urgência da situação. Assim, mencionou o seguinte: «segundo a jurisprudência do TEDH, entende-se que a duração da instância no tribunal Constitucional deve ser considerada na apreciação da razoabilidade do prazo sempre que a sua decisão tenha consequências sobre o método como o caso concreto vai ser julgado nos tribunais comuns, inserindo-se, nessa medida,

Como já afirmámos ⁽⁶⁷³⁾, no conjunto dos demais critérios de apreciação do conceito de «prazo razoável», o da natureza do processo assumiu particular relevo a partir dos processos que ficaram conhecidos como *processos do sangue contaminado*, e que eram relativos ao apuramento de responsabilidades para efeitos de indemnização por danos decorrentes de transfusões de sangue contaminado, realizadas em serviços públicos de saúde. Esses processos accionados contra o Estado francês ocorreram no início da década de noventa: primeiro em 1992, depois três vezes em 1994 e duas em 1995. Como no primeiro, accionado por uma pessoa infectada com o vírus da SIDA, que veio a falecer na pendência do processo (caso *X. c. França/1992*), foi com base neste critério (da *situação-de-urgência*) que em quatro dos cinco processos de 1994/1995 — *Vallée, Karakaya, Demai e Marlhens* — os órgãos de Estrasburgo reconheceram que o Estado francês tinha violado o artigo 6.º, § 1, da CEDH e, em consequência disso, deveria compensar equitativamente as vítimas ⁽⁶⁷⁴⁾, uma vez que o mal de que estas sofriam impunha que se adoptasse um tratamento prioritário do processo, de modo a que as mesmas pessoas pudessem ainda com vida conhecer o veredicto final. Na verdade, a *Cour* de Estrasburgo entendeu que «o tema sobre que incidia o processo traduzia uma extrema importância para os requerentes, dado o mal de que estes padeciam e que lhes retirava a esperança de vida», sendo que a demora poderia privar

a instância no tribunal Constitucional no âmbito de aplicação do artigo 6.º, § 1, da Convenção. (...). Sendo certo que [a obrigação de julgar em prazo razoável] também se aplica aos tribunais constitucionais, o seu caso contudo assume contornos diferentes comparativamente a um tribunal comum, já que o seu papel de guardião da Constituição obriga-o, por vezes, a dar prevalência a outras questões, em função da sua natureza e da respectiva relevância económico-social, podendo não atender, por isso, meramente à ordem cronológica de entrada dos recursos». Assim, nesta sequência, o TEDH considerou que no caso concreto «o prejuízo resultante para os requerentes da respectiva condenação não assumia gravidade tal que impusesse ao tribunal constitucional o dever de julgar aqueles recursos como casos de máxima urgência, com prevalência sobre todos os demais».

⁽⁶⁷³⁾ No acórdão do TEDH de 7 de Fevereiro de 2002, que versou sobre o caso *Mikulic c. Croácia*, o tribunal, depois de relembrar os critérios de aferição da razoabilidade da duração do processo, «a complexidade da causa, o comportamento das partes e o modo como o processo foi conduzido pelas autoridades competente (...), e a relevância da questão em litígio para a vida dos interessados, considerou que «nos casos relativos aos estados das pessoas, exige-se das autoridades competentes uma especial diligência, em particular em casos relativos a uma acção de investigação de paternidade, em que o requerente tem o direito a ver cessada no mais breve prazo a situação de incerteza quanto à identidade do seu progenitor». Sobre este tema, vd. o nosso «Do novo contencioso administrativo...», cit., p. 359 ss.

⁽⁶⁷⁴⁾ Para mais desenvolvimentos sobre este assunto, vd. G. LEBRETON, «L'affaire du sang contaminé devant la Cour européenne des droits de l'Homme», *Cahiers du CREDHO*, 3, 1997, pp. 47 ss.

de utilidade a decisão final. E assim, pelo contrário, «impunha-se que o tribunal adoptasse no caso concreto uma diligência excepcional, que permitisse a realização do contraditório de modo rápido». E, mais recentemente, foi também com base no mesmo critério (da *situação-de-urgência* que é carente de tutela) que a Comissão reconheceu que o Estado italiano tinha violado a mesma regra num processo que há quatro anos opunha 195 pessoas contaminadas com o HIV (e/ou com o vírus de hepatite B ou C) ao Ministro da Saúde, tendo o Comité de Ministros fixado uma indemnização a favor de três dos autores no processo nacional ⁽⁶⁷⁵⁾.

Cumpre, aliás, notar que o TEDH se tem mostrado extremamente severo neste domínio, uma vez que tem considerado que, assim que num processo é demonstrada a urgência na prolação da decisão, o tribunal nacional deve disponibilizar formas adequadas de os magistrados procederem à aceleração dos processos normais. E a *Cour* de Estrasburgo tem mesmo identificado um conjunto de matérias ou domínios em que faz todo o sentido a existência de mecanismos processuais pautados pela celeridade e pela simplificação. Entre eles encontram-se os litígios referentes à situação profissional dos requerentes e os litígios que versam sobre questões laborais (caso *Vocaturro c. Itália/1991* e caso *Gergoutil c. França/2000*), bem como os que versam sobre o estado das pessoas, designadamente, aqueles que, no domínio do direito da família, versam sobre o estado civil das pessoas e a situação dos filhos menores de casais separados (caso *Laino c. Itália/1999*) ou casos de adopção de menores (caso *E. P. c. Itália/1999*). Entre este tipo de domínios especiais que requerem celeridade no tratamento processual, a *Cour* tem dado relevância às lides em que esteja em causa a atribuição de uma quantia económica relevante para os requerentes, designadamente a título de indemnização por perdas e danos, incluindo questões relacionadas com a saúde dos requerentes. Finalmente, a *Cour* já considerou que essas diligências de aceleração devem existir em relação aos processos de urgência previstos nos respectivos ordenamentos dos Estados (caso *Ceriello c. Itália/1999*) ⁽⁶⁷⁶⁾.

Exposto que está o método para avaliação do carácter razoável da demora de um processo, no sentido do artigo 6.º, § 1, da CEDH, podemos agora concluir que a apreciação da duração do processo se faz, em concreto, por aplicação de critérios, sendo certo que também se pode inferir da jurisprudência do TEDH que um processo que demore numa instância mais de três anos excede,

⁽⁶⁷⁵⁾ Sobre este assunto, vd. R. MEDDA/C. OCTAVE/A. R. ASCOLI/I. R. BOANO, «La ragionevole durata dei processi...», cit., pp. 146 a 148.

⁽⁶⁷⁶⁾ Neste sentido, apresentando um rol significativo de exemplos retirados da jurisprudência dos órgãos da Convenção, N. FRICERO, «Les garanties d'une bonne justice...», cit., p. 512.

em princípio, o prazo razoável, já que ultrapassa a duração média de um processo ⁽⁶⁷⁷⁾. Contudo, sublinhamos, é uma questão de princípio geral, já que o TEDH não deixa de aplicar estes critérios em cada processo que lhe é submetido. Como vimos a propósito de um dos processos de sangue contaminado, processo *X. c. França/1992*, um ano e seis meses de espera foi considerado como um período de tempo excessivo para a prolação da sentença, uma vez que, do ponto de vista da situação carente de tutela, que seria o objecto do processo, se exigiria uma harmonização entre a duração e a urgência de um dos *sujeitos-partes-no-processo* na obtenção de uma decisão judicial definitiva. Nestes casos, houve, pois, a violação do direito ao processo temporalmente justo, entendido este na dimensão do direito à emissão de decisão judicial em prazo razoável, tendo em conta a particular *situação-de-urgência* emergente da frágil condição em que se encontravam os requerentes. Efectivamente, atestadas clinicamente como pessoas que teriam pouco tempo de vida, os órgãos da Convenção vieram considerar que as mesmas teriam direito a um processo cuja duração deveria ter compatível com a situação de carência em que se encontravam. Enfim, desde então, e desde tal jurisprudência manifestada a propósito dos processos das queixas apresentadas pelas vítimas das transfusões de sangue contaminado contra a França e a Itália, ficou claro que a apreciação da duração do processo já não pode fazer-se mais sem ter em conta o parâmetro da matéria sobre que versa o processo e a importância ou relevância que a prolação da sentença pode ter para os *sujeitos-partes-no-processo*. As situações profissionais, as situações relativas ao exercício de direitos de ordem pessoal ou de ordem cívica, as situações de carência pessoal e existencial envolvem normalmente *situações-de-urgência* que devem passar a ser tidas em conta no cálculo da razoabilidade da duração do processo, já que nestes casos se deve falar em menor *durée* processual.

2. A metodologia nacional

Se é um facto que o TC já se pronunciou múltiplas vezes sobre o direito de acesso aos tribunais e se já esclareceu que este direito compreende o direito à decisão judicial em prazo razoável ⁽⁶⁷⁸⁾ — e, por isso, se já explicou que este inclui, entre outros, «o direito a prazos razoáveis de acção ou de recurso»,

⁽⁶⁷⁷⁾ Neste sentido, R. MEDDA/C. OCTAVE/A. R. ASCOLI/I. R. BOANO, «La ragionevole durata dei processi...», cit., p. 141.

⁽⁶⁷⁸⁾ Acórdão publicado in: *DR*, II série, n.º 54, de 05.03.1997, p. 2818. No mesmo sentido, vd. acórdão do TC de 10.07.1996, processo n.º 95/197, publ. in: *DR*, II série, n.º 293, de 19.12.1996, p. 17 610.

«o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas», «o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas» —, contudo, nunca se pronunciou propositadamente, sobre o específico conteúdo do direito a uma decisão judicial em prazo razoável e sobre a metodologia a seguir para proceder à avaliação da razoabilidade da sua duração. É certo que ao responder às questões que lhe têm sido formuladas sobre a concretização na lei ordinária de restrições ao direito de acesso aos tribunais por razões de celeridade e eficácia processual há uma orientação da jurisdição constitucional que se deve seguir, especialmente tendo em conta que ela apresenta um parâmetro inovador de valoração da razoabilidade da duração processual (2.1.). Já os tribunais administrativos têm tido ocasião de se pronunciar com mais frequência a propósito do tema (2.2.).

2.1. De facto, o tema do direito à prolação de decisão jurisdicional em prazo razoável e o da razoabilidade da duração processual só têm sido tratados pelo TC de modo indirecto, sendo certo que a forma típica de o TC manifestar a sua posição tem-se traduzido na alusão indirecta a factores que legitimam a concretização de restrições ao direito de acesso aos tribunais e outras garantias, ínsitas nesse direito consagrado no artigo 20.º da CRP, tais como, por exemplo, a garantia de acesso aos tribunais, à justiça efectiva e ao processo equitativo. Aliás, normalmente, quando é chamado a pronunciar-se sobre a harmonização de certas disposições constantes da lei ordinária com o direito a decisão em prazo razoável, a jurisdição constitucional nada diz sobre o conteúdo do direito e os critérios a seguir para proceder à valoração dos conceitos indeterminados previstos no artigo 20.º da CRP. Por exemplo, mais recentemente, a propósito da questão da compatibilidade de regras que prevêm as garantias administrativas como necessárias ou obrigatórias e o direito de acesso à justiça e o direito à justiça em prazo razoável, o TC não referiu «uma única palavra» ⁽⁶⁷⁹⁾ sobre este tema (acórdão n.º 99/2001, processo n.º 640/99, de 13.03.2001) ⁽⁶⁸⁰⁾.

Assim, não respondendo de forma directa, a posição do TC sobre os parâmetros de compreensão do conceito de razoabilidade da duração do processo é sobretudo encontrada em arestos que versam sobre as limitações ao direito de acesso aos tribunais, sendo que o TC invoca razões de eficácia e de celeridade processual para acolher tais restrições. Assim, no acórdão n.º 646/98, processo n.º 446/97, a jurisdição constitucional veio reforçar a ideia de que «a prontidão na administração da justiça é fundamental para que o direito à

⁽⁶⁷⁹⁾ Neste sentido, MÁRIO TORRES, «Informação de jurisprudência», CJA, 27, 2001, p. 57.

⁽⁶⁸⁰⁾ Publicado in: *DR*, II série, n.º 131, 06.06.2001, p. 9557.

tutela judicial tenha efectiva realização. Ou seja: o direito de acesso aos tribunais também se concretiza através do direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas (...). E isso reclama celeridade processual». Contudo, o TC também alerta para o facto de «não [poder] exagerar-se na preocupação de celeridade, pois a rapidez excessiva, que se traduzisse num ritmo trepidante, prejudicaria a ponderação das partes e a do próprio tribunal, podendo comprometer o acerto da decisão, quando o certo é que a finalidade primeira do processo é fazer justiça». E é por isso que, para o TC, «a celeridade processual justifica a adopção de mecanismos que desencorajam as partes de adoptar comportamentos capazes de conduzir ao protelamento indevido do processo.

Na realidade, neste processo, o TC fez menção a uma ponderação de valores e apelou à previsão de um tempo certo — ou de um tempo processualmente justo —, sendo que este deve ser aferido tanto do ponto de vista das partes como do tribunal, em ordem a alcançar-se o acerto na decisão. E, nele, aponta-se, pois, para uma relação entre a efectividade e a duração do processo, no sentido de que não deve existir dilações indevidas no processo nem pode existir um «ritmo trepidante», sob pena de perda de efectividade da justiça. A jurisdição constitucional alude, de facto, para a existência de uma relação entre processo efectivo e processo temporalmente justo, em termos que a prontidão na administração da justiça é factor condicionante da eficácia do processo, pois «a prontidão na administração da justiça é fundamental para que o direito à tutela judicial tenha efectiva realização».

Neste contexto, cumpre também dizer que, para a jurisdição constitucional, esta garantia processual fundamental deve servir de parâmetro de racionalidade no cumprimento da imposição legiferante de criação de um sistema de protecção jurisdicional eficaz, uma vez que o legislador ordinário está proibido de consagrar no processo actos e formalidades inúteis, principalmente tratando-se de processos que o legislador constituinte destaca como devendo ser obrigatoriamente simplificados e prioritários. E, no mesmo sentido, deve também servir de parâmetro de racionalidade para o juiz, devendo aplicá-lo no cumprimento dos seus deveres de condução célere do andamento do processo. O TC afirmou no acórdão n.º 248/02, processo n.º 89/2002, que «o princípio da obtenção de uma decisão judicial em prazo razoável (...) aponta para que, quando os cidadãos recorram aos tribunais para defenderem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos, venham a obter, da partes destes órgãos da administração de justiça, uma decisão sem dilações indevidas».

Quanto a específicos parâmetros de valoração do conceito de prazo razoável, cumpre sublinhar que, segundo a jurisprudência constitucional, o conceito de prazo razoável pressupõe a consideração da complexidade ou simplicidade do processo, relacionando tal parâmetro com as exigências do processo justo e equitativo (acórdão n.º 212/00, processo n.º 596/99). E, «desig-

nadamente», como afirmou inovadoramente o TC, no acórdão n.º 248/02, processo n.º 89/2002, um parâmetro de medição a atender aponta para a consideração «dos prazos que se encontrarem estabelecidos para formação e proferimento da decisão nas cabidas leis processuais».

Assim, tal como afirmou no acórdão n.º 223/95, processo n.º 721/93, o conceito de prazo razoável impõe ter em conta os prazos legalmente previstos, pois, o direito à emissão de sentença em prazo razoável é sinónimo de direito a «obter do órgão jurisdicional competente uma decisão dentro dos prazos legais pré-estabelecidos, ou no caso de esses prazos não estarem fixados na lei, de um lapso temporal proporcional e adequado à complexidade do processo». Aliás, tanto neste aresto como no acórdão n.º 1193/96, processo n.º 496/96, o TC reiterou que o direito ao processo equitativo «se concretiza também através do direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas, ou seja, pela obtenção do órgão jurisdicional competente de uma decisão dentro dos prazos legais pré-estabelecidos, ou no caso de esses prazos não estarem fixados na lei, de um lapso de tempo temporal proporcional e adequado à complexidade do processo». Ora, deste modo, pretendendo significar com isto que «a prontidão na administração da justiça é fundamental para que o direito à tutela judicial tenha efectiva realização [o que exige celeridade processual, com observância dos prazos, tanto pelo juiz, como pelas partes]», o TC apela a ter em conta um parâmetro novo de consideração da avaliação da razoabilidade da duração do processo. Esse parâmetro passa pela consideração dos prazos legalmente determinados. E, só depois, se tais prazos não existirem, pressupõe a complexidade do processo e a natureza da situação jurídica e de facto subjacente à relação litigiosa.

2.2. Como apontámos nas considerações introdutórias, ao contrário do Tribunal constitucional, o Supremo Tribunal Administrativo tem vindo a esclarecer o que deve entende-se por prazo razoável. Cumpre notar a este propósito que a jurisprudência dos tribunais administrativos tem vindo a seguir a metodologia do TEDH naquilo que é a apreciação do prazo razoável. Fê-lo no processo *Garagens Pintosinho/1989*, no processo *Neno/1998* e no processo *Alecarpeças/2001*. Aliás, na actualidade, a aplicação dos critérios da lavra do TEDH são já aplicados com normalidade. Por exemplo, no acórdão de 17.03.2005, o Supremo considerou que «a determinação do que seja, para esse efeito, um prazo razoável não pode fazer-se em abstracto, antes havendo que ter em conta as circunstâncias concretas do caso» (681).

(681) Acórdão do STA de 17.03.2005, processo n.º 230/03.

Assim, voltando um pouco atrás, cumpre revisitar a decisão proferida no processo das *Garagens Pintosinho/1989*. Foi esta, de facto que inaugurou o caminho que viria a ser percorrido nos anos posteriores. Contudo, não obstante a jurisprudência que neste aresto se fixou, o apuramento da responsabilidade do Estado por danos provenientes do mau funcionamento do serviço de justiça foi ao longo de algum tempo caracterizado pela falta de uniformidade no que concerne a este aspecto da apreciação da duração do prazo razoável. De facto, ainda que aqueles critérios sejam conhecidos e aplicados pelo Supremo desde a década de oitenta, uma vez que, já nessa altura, o tribunal demonstrou que os conhecia bem, tendo-os aplicado no processo *Garagens Pintosinho/1989*, nem sempre assim tem acontecido, visto que os tribunais administrativos demonstram, de quando em vez, alguma falta de uniformidade quanto à metodologia seguida para avaliar ou medir, num caso concreto, a razoabilidade da duração do processo.

No aresto proferido no processo *Neno/1998*, por exemplo, o Supremo seguiu uma lógica diversa, tendo procedido à comparação da duração efectiva ou real de uma acção sumária com a sua duração normal (abstracta). E, neste caso, servindo-se, para o efeito, dos prazos fixados na lei e do «conhecimento geral e judicial», o Supremo considerou que o prazo de seis anos e onze meses excedia a duração razoável para prolação de sentença nessa acção sumária, sendo certo que, ainda assim, seria aceitável que a duração efectiva excedesse num ano a duração normal (dois anos), uma vez que o Supremo entendeu que se deveria atender às circunstâncias do caso, à complexidade da causa, ao comportamento dos demandantes e à conduta dos órgãos, funcionários e agentes dos serviços. Neste interessante acórdão proferido no processo *Neno/1998*, o Supremo entendeu que a duração efectiva ou real de seis anos e onze meses excedia verdadeiramente a razoabilidade, já que, por aplicação daqueles parâmetros, se tinha concluído que «sem justificação, [houvera], designadamente, falta de diligência média no contexto específico do processo civil e inércias injustificadas dos órgãos, funcionários e agentes integrantes dos tribunais intervenientes no processo e julgamento da causa, com incumprimento de vários prazos processuais e por diversas vezes; erros vários a nível de contagem das custas e de instrução das deprecadas, que contribuíram para um retardamento processual e inobservância do disposto no artigo 266.º do CPC, que impõe ao juiz o dever de remover os obstáculos que se opunham ao regular andamento da causa».

Também na *Alecarpeças/2001*, o Supremo Tribunal procedeu à apreciação do caso em concreto, «já que em abstracto um prazo não [poderia] entender-se como mais ou menos razoável», e avaliou o «período que [decorreu] desde a expedição da carta, as circunstâncias da diligência e a sua complexidade e a conduta dos serviços do Tribunal», tendo «[facilmente] concluído que

«para uma diligência que a lei ordena que seja cumprida no prazo máximo de 40 dias, face às regras da experiência comum, à simplicidade da diligência e à inexistência de circunstâncias anormais, o prazo de cerca de dez meses (...) não [poderia] de forma alguma [considerar-se] um prazo razoável para cumprimento da diligência».

Por exemplo, no acórdão de 17.03.2005, o Supremo considerou que «a determinação do que seja, para esse efeito, um prazo razoável não pode fazer-se em abstracto, antes havendo que ter em conta as circunstâncias concretas do caso». E, assim, julgou que «não constitui, em concreto, violação do direito à administração da justiça em prazo razoável a demora, relativamente aos prazos estabelecidos, na instrução e no julgamento de processos-crime, na qual se não apurou conduta negligente ou culposa dos diversos operadores judiciários, sendo tal demora causada pelo inusual número de processos (muitas dezenas) com o mesmo arguido e pela natureza dos crimes (burla, usura e extorsão), de investigação complexa e morosa» (682).

Também o Tribunal Central Administrativo tem vindo a fixar jurisprudência quanto a este aspecto. Por exemplo, no acórdão *faialense/2003*, o TCA, no contexto do pedido de decretamento de uma providência cautelar antecipatória, de arbitramento provisório de uma quantia a favor da vítima do prazo razoável, seguiu um método silogístico inédito nesta matéria, tendo apontado a este propósito o seguinte: a «esperança média de vida [=] (...) 70 anos» e «estes 17 anos correspondem a um quarto da vida de uma pessoa», logo: «[17 anos] à espera de uma decisão jurisdicional definitiva (...) [é] manifestamente irrazoável, e, por este motivo (...) [demonstra] indiciariamente a obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade extracontratual do Estado por facto ilícito». Ora, não obstante se tratar neste caso de uma valoração sumária, realizada no contexto de um processo cautelar, ainda assim, cumpre reconhecer que este método talvez sirva apenas para casos em que a duração do processo excede manifestamente o razoável, mas, com certeza absoluta, não servirá para casos em que a falta de razoabilidade não é tão manifesta. Na verdade, tratando-se de situações de apreciação da demora de processos urgentes, incluindo cautelares, uma vez que aquele direito também deve passar a incidir sobre estes processos, *ex vi* do artigo 13.º da CEDH, aquele critério revela-se totalmente inoperacional.

É, aliás, neste contexto que cumpre destacar o primeiro aresto em que o quarto parâmetro de avaliação da duração do processo é tido em conta pela jurisprudência nacional. Assim, seguindo a jurisprudência do Supremo e fundamentalmente revelando a influência da jurisprudência europeia, o TCA-N

(682) Acórdão do STA de 17.03.2005, processo n.º 230/03.

socorreu-se dos parâmetros do TEDH para apurar da razoabilidade da duração do processo, tendo trazido à colação todos os critérios aplicados neste domínio pelo *Tribunal de Estrasburgo*, em especial o critério da «situação que é objecto de tutela». E, assim, novamente, procedeu à análise do caso concreto e numa perspectiva global, tendo como ponto de partida, no caso vertente (uma acção cível declarativa), a data da entrada da acção no tribunal competente e como ponto final a data em que foi tomada a prolação definitiva, contabilizando as instâncias de recurso (incluindo a do Tribunal Constitucional) e ainda a fase executiva, tendo, pois, acolhido, quase em pleno, a metodologia que os órgãos da Convenção têm vindo a desenvolver para medir a razoabilidade da duração do processo. E, nesse acórdão de 30.03.2006, o TCA-N procedeu de igual modo à aplicação pormenorizada daqueles critérios, à complexidade do processo; ao comportamento da parte demandante no processo fundamento e à actuação das autoridades competentes e ao objecto e à matéria do processo e à importância que a prolação da decisão judicial pode ter para o requerente, «l'enjeu du litige», tendo concluído, após a aplicação dos mesmos, pela existência de facto ilícito, sendo que cumpriria ao Estado-juiz fazer prova da sua atitude diligente ou de causas de justificação dos factos que afastassem a ilicitude dos mesmos. Na verdade, cumpre dizer que para o Tribunal Central «não [bastaria] a simples ou mera violação dum prazo previsto na lei para a prática de certo acto judicial, facto que não [poderia] ter-se como banal e como aceitável ou justificável sem mais, para concluir logo no sentido de que [teria sido] violado o direito à justiça e prazo razoável».

Pode dizer-se, pois, em síntese, que este aspecto da concretização da garantia do prazo razoável, relativa à metodologia de avaliação da duração do processo, sofreu uma influência significativa da jurisprudência dos órgãos da convenção. E este é também um aspecto da *europaização* do direito ao processo temporalmente justo. E outro aspecto de síntese a apontar sobre este tema tem que ver com o facto de que ele sofreu a mesma evolução que incidiu sobre a restante temática relativa ao apuramento da responsabilidade do Estado por funcionamento defeituoso dos serviços de administração de justiça. Enfim, cumpre em síntese notar, que os tribunais administrativos têm procurado elaborar uma jurisprudência coerente quanto à metodologia de apuramento da razoabilidade da demora dos processos e, por isso, têm vindo a desenvolver uma metodologia que é um misto de combinação de elementos, sendo que o ideal seria estabelecer parâmetros de avaliação da duração do processo que sejam independentes da culpa e da ilicitude individual dos administradores da justiça.

Assim, uma vez que, do ponto de vista do direito internacional, a duração razoável do processo deve medir-se em função da complexidade da matéria, do comportamento das partes e da actuação das autoridades competentes

(incluindo, o poder legislativo, executivo e jurisdicional) e em função da matéria sobre que versa o processo e da importância que a resolução do processo pode ter para *os sujeitos-no-processo*, cumpre agora perceber que, do ponto de vista do direito interno, a questão da apreciação da duração do processo e a valoração da razoabilidade dessa duração tem de passar a incluir os mesmos parâmetros. E, assim sendo, a *situação-de-urgência*, em que se encontra a situação carente de tutela, é um factor a ter em conta para apurar o conceito de processo efectivo e temporalmente justo. Tal afirmação poderá levar-nos a dizer que não será proporcionada tutela jurisdicional efectiva se, existindo uma *situação-de-urgência*, o processo que sobre ela versa não for capaz de desembocar, em tempo justo, na prolação de decisão, seja ela de mérito ou simplesmente provisória — sendo, pois, devida uma indemnização aos lesados, independentemente de existir culpa dos agentes administradores de justiça, sendo que faz todo o sentido considerar que a mera violação destes prazos conduz à violação do prazo razoável.

3. Esboço de uma metodologia a seguir

Enfim, é um facto que mesmo sem a adopção do RRcivilEE, a jurisprudência nacional estaria pronta para assegurar com suficiente dose de certeza jurídica a protecção do direito a decisão judicial em prazo razoável e é certo que, mesmo sem recorrer à aplicação do RRcivilEE, haveria no ordenamento jurídico português uma solução «efectívavel»⁽⁶⁸³⁾. Contudo, salvo o devido respeito, há aspectos dessa solução — como, por exemplo, no que respeita ao pressuposto de ilicitude, designadamente aos critérios de determinação da razoabilidade da duração do processo, ao pressuposto da culpa (sendo pensado sobretudo em função da responsabilidade por actos e omissões ilícitas decorrentes do exercício da função administrativa) e o cálculo de indemnização do dano — que estão por resolver na lei. E, lamentavelmente, como o legislador não foi mais longe do que proceder à recepção dos remédios já encontrados na jurisprudência, hoje subsistem as mesmas incertezas (3.1.).

Aliás, em outra altura afirmámos que a solução não poderia considerar-se esgotada e, pelo contrário, num momento em que se discutiu o projecto do novo regime de responsabilidade civil extracontratual vindo a lume, apontámos que deveria ser necessário proceder à consagração de pressupostos específicos de apuramento da obrigação de indemnizar a cargo do Estado-juiz. E, tendo subjacente as mudanças introduzidas em outros ordenamentos jurídicos, afirmámos que haveria que continuar a percorrer o caminho já

(683) Neste sentido, LUIS CATARINO, «Responsabilidade...», cit., pp. 282 e 283.

iniciado ⁽⁶⁸⁴⁾. Na realidade, tendo consciência da metodologia seguida pelo TEDH para valorar em concreto o conceito de prazo razoável e tendo em conta a metodologia seguida pela mesma instância para apurar do *quantum debeat* por parte de um Estado signatário para reparar a violação do direito à emissão de sentença em prazo razoável, fácil é concluir que nem tudo está bem no novo RRCivilEE.

Basta pensar que o mesmo, remetendo para a disciplina da responsabilidade por danos decorrentes da função administrativa, deixa de prever requisitos específicos de apreciação da existência da obrigação, bem como também deixa de integrar critérios característicos de valoração da ilicitude e de causas de justificação da ilicitude e parâmetros de cálculo de indemnização do dano — adivinhando-se larguíssimas as margens de apreciação das situações por parte do juiz nacional e a chegada a Estrasburgo de queixas em que se invocará a falta de efectividade do novo mecanismo, sobretudo tendo em conta a insuficiência do valor que será pago para reparar o dano decorrente da violação do prazo razoável. E, tendo em conta que há recursos financeiros para suportar TGV's, novos aeroportos e outras coisas que tais, ainda bem que as vítimas da violação do prazo razoável podem recorrer ao TEDH, sempre que os seus danos não forem suficientemente compensados no foro doméstico, pelo que se o juiz nacional não actuar, com eficácia e suficiência, alguém mais qualificado, actuará em sua vez — como, de resto, muito bem se reconhece nos arestos mais recentes: do TCA-S de 30.04.2008, processo n.º 1299/2005, e do STA de 09.10.2008, processo n.º 318/2008. E é caso para dizer que o juiz de Estrasburgo não se satisfaz com pouco (3.2.).

3.1. Na senda do projecto de lei sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas (na versão de 06.05.2003) ⁽⁶⁸⁵⁾, o novo RRCivilEE vem prever a responsabilidade por danos decorrentes de actos jurisdicionais e manda aplicar o regime da responsabilidade civil por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa às situações em que se invoquem danos decorrentes do mau funcionamento de justiça, incluindo a violação do prazo razoável. Parece assim ter-se mantido a lógica do projecto, de que existe uma similitude entre aquelas situações e as que resultam da actividade do Estado-administrador, devendo aplicar-se o

⁽⁶⁸⁴⁾ Sobre este assunto, vd. o nosso «O direito a um processo à prova de tempo: um apelo a Kairos», Texto de Homenagem ao Professor Doutor Castanheira Neves, no prelo (e a bibliografia nesse lugar citada).

⁽⁶⁸⁵⁾ Sobre esta temática, vd. intervenções durante o V Seminário de Justiça Administrativa, publicadas nos CJA, n.º 40, 2003, especialmente a intervenção de RUI MEDEIROS, «Apreciação geral dos projectos...», cit., p. 14.

mesmo regime de responsabilização (artigo 12.º, parte final) ⁽⁶⁸⁶⁾. Grande equívoco.

Ora, o novo RRCivilEE mantém a estrutura desse projecto, tendo acolhido exactamente a regra de que o Estado deve ser obrigado a indemnizar os danos ilicitamente causados pela administração da justiça, enumerando a violação do direito a uma decisão jurisdicional em prazo razoável como exemplo desse tipo de actuação materialmente administrativa que é susceptível de constituir o Estado na obrigação de indemnizar (artigo 12.º). E, *ex vi* artigo 12.º, parte final, o novo RRCivilEE prevê a responsabilidade exclusiva do Estado-juiz para as situações em que o dano resulta de acções ou omissões ilícitas cometidas individualmente com culpa leve ou decorra de «um funcionamento anormal do serviço», sendo que nesta situação se englobam os casos em que o dano não é devido a comportamento concreto de alguém e os casos de impossibilidade de prova de autoria pessoal da acção ou omissão, de acordo com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 3.

E, para lá deste quadro da responsabilidade exclusiva e directa do Estado, de acordo com o RRCivilEE, existe responsabilidade solidária do Estado com os funcionários, agentes e magistrados incluídos nos serviços administradores de justiça nas situações em que o dano resulte de acções ou omissões ilícitas cometidas com dolo ou culpa grave por parte destes, sendo certo que se deve considerar que há culpa grave quando existe diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo. De acordo com o RRCivilEE, sempre que o Estado satisfaça qualquer indemnização goza de direito de regresso, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito ⁽⁶⁸⁷⁾. Nos termos do artigo 9.º, consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes (e magistrados) que integram os serviços de administração de justiça que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos, sendo certo que haverá igualmente ilicitude sempre que do funcionamento anormal do serviço resulte ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.

⁽⁶⁸⁶⁾ Neste sentido, quanto à analogia entre as duas situações, vd. D. FREITAS DO AMARAL, «Intervenção», *Responsabilidade civil...*, cit., p. 51. Quanto ao novo regime de responsabilidade por danos decorrentes da actividade administrativa, vd. M. REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa, Direito administrativo geral*, Tomo III, Lisboa, 2008.

⁽⁶⁸⁷⁾ Sobre este assunto, vd., especialmente, JOÃO CAUPERS, «Responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional», CJA, n.º 40, 2003, pp. 47 e 49.

3.2. Pois bem, chegados aqui, e sendo claro que à luz do RRcivilEE haverá ilicitude sempre que existir violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares e ofensa de direitos e interesses legalmente protegidos decorrente do funcionamento anormal do serviço, cumpre reflectir sobre este pressuposto de responsabilização do Estado-juiz, quer este surja obrigado a título próprio ou solidário, e sobre o dano e cálculo de indemnização, procurando interpretar os conceitos legais à luz da jurisprudência constitucional e europeia.

Como se deixou assinalado nas considerações introdutórias, tanto na perspectiva do direito internacional, artigo 6.º, § 1, da CEDH, como na das normas de natureza interna, sobretudo nos termos do artigo 20.º, n.º 4, da CRP, o direito a decisão judicial em prazo razoável é parte integrante do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva. É para tais normativos que em última instância se deverá remeter a aferição da ilicitude. É certo que a propósito do direito a decisão judicial em prazo razoável, o TC ainda não precisou parâmetros de valoração do conceito que o legislador empregou para concretizar uma das dimensões do direito fundamental de acesso aos tribunais, não obstante não deixar de concluir que tal direito deve servir de parâmetro de racionalidade no cumprimento da imposição legiferante de criação de um sistema de protecção jurisdicional eficaz — uma vez que o legislador ordinário está proibido de consagrar no processo actos e formalidades inúteis, principalmente tratando-se de processos que o legislador constituinte destaca como devendo ser obrigatoriamente simplificados e prioritários — e deve servir como princípio orientador da actuação de qualquer funcionário, agente ou juiz zeloso e cumpridor, principalmente quando este tem poderes significativos no processo.

Assim, um primeiro parâmetro de aferição da ilicitude deve buscar-se no acórdão n.º 248/02 (processo n.º 89/2002) do TC, já que este afirmou que «o princípio da obtenção de uma decisão judicial em prazo razoável (...) aponta para que, quando os cidadãos recorram aos tribunais para defenderem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos, venham a obter, da parte destes, uma decisão sem dilações indevidas», sendo certo que haverá ilicitude se existirem dilações processuais, pois um parâmetro de medição aponta para a consideração «dos prazos que se encontrarem estabelecidos para formação e proferimento da decisão nas cabidas leis processuais». Afinal, trazendo à colação um acórdão mais antigo (n.º 223/95, processo n.º 721/93), para o TC, o conceito de direito ao prazo razoável é sinónimo de direito a «obter do órgão jurisdicional competente uma decisão dentro dos prazos legais pré-estabelecidos». A ser assim, não se vê como certos juízes possam continuar a sustentar que o não respeito pelos magistrados dos prazos estabelecidos na lei processual não traduz por si só ilicitude. É certo que a valoração em concreto do

pressuposto de ilicitude pressupõe sempre o apelo ao conceito de razoabilidade da demora na administração da justiça, quer pela vinculação decorrente das normas constitucionais (mormente *ex vi* artigo 20.º, n.os 1, 4 e 5, e artigo 268.º, n.os 4 e 5), quer das normas constantes da Convenção e da jurisprudência do TEDH. E, é certo que, de um modo ou de outro, é necessário proceder à valoração, em concreto, do conceito indeterminado de que o legislador se serve para garantir e densificar esta dimensão do direito fundamental de acesso ao tribunal.

Enfim, ainda que se deva ter presente o respeito pelo *jus dicere* (autonomia e independência) dos juízes, não deixa de ser questionável que a «vaga e tabeliônica invocação de acumulação de serviço»⁽⁶⁸⁸⁾, e a consequente prática de actos fora do prazo legal, possa justificar no foro nacional a recorrente invocação de funcionamento anormal do serviço, e a consequente responsabilidade directa e exclusiva do Estado (e de todos nós, os contribuintes), ou a ausência por si só de ilicitude ou violação do direito dos particulares — o que seria ainda pior. Bem como não pode aceitar-se a afirmação jurisprudencial de que «os preceitos legais que fixam o prazo para os magistrados praticarem, no processo, os respectivos actos, sejam eles pareceres, despachos ou sentenças, [são] normas disciplinadoras da actividade processual (...)» e «consequentemente a sua não observância pelos magistrados não constitui facto ilícito», tanto mais quanto, à luz das preocupações de ordem político-legislativa da sociedade tardo-moderna, do legislador experimental — que não deixa de ser aceite pelo Tribunal Constitucional (vd. acórdão do TC n.º 69/2008) — se criam processos especiais, nos quais as fases e os prazos são tipicamente previstos e se dá atenção à duração do processo em função de certos valores, incluindo o tipo de situação jurídica que é carente de tutela. Na verdade, não compreendemos como pode considerar-se que, especialmente em relação a tais processos, o desrespeito pelos prazos processuais não se traduza imediatamente em ilicitude.

De resto, imperioso se torna que quanto à valoração do grupo de conceitos referentes à violação do direito à emissão de sentença em prazo razoável (ou ilicitude) se considere, por um lado, a complexidade/simplicidade da causa — *id est*, que se aplique o primeiro critério do método seguido pelos órgãos de Estrasburgo para avaliar da duração razoável do processo — e que se examine o assunto sobre que o processo versa e se avalie da urgência que as partes podem ter na prolação da sentença — usando o quarto critério do método seguido pela jurisprudência da Convenção: «l'enjeu du litige». E, claro, lembrando a jurisprudência do TEDH, cumpre ter sempre presente que o Tri-

(688) Continua actualizada a anotação de J. J. GOMES CANOTILHO, ao acórdão de 7 de Março de 1989..., cit., p. 307.

bunal de Estrasburgo já afirmou que a duração razoável corresponde em princípio à duração média de um processo, sendo certo que — em princípio, sublinhe-se — a duração média em 1.^a instância deve corresponder a 3 anos, ou dois anos e sete meses, se atendermos a causas em matéria laboral ou relativas a pessoas. E a duração média de todo o processo — em princípio, sublinhe-se de novo — deve corresponder a um período que vai de 4 a 6 anos, salvo casos especiais, em que 2 anos pode significar duração excessiva, tendo em conta particulares direitos ou interesses próprios do caso.

E quanto ao dano indemnizável, ele inclui naturalmente o dano moral, sendo certo que quanto ao critério de determinação do *quantum* da reparação se deve ter em conta *o critério dos casos semelhantes* ou *da mesma espécie* (caso *Scordino c. Itália*). A este propósito só pode seguir-se a jurisprudência europeia, que impõe a consideração da sua jurisprudência. E, claramente, a propósito da necessidade de interpretação e aplicação conforme, no caso *Musci c. Itália* (processo n.º 64 699/01), o tribunal de Estrasburgo afirmou, em termos gerais, que a duração (em anos) de um processo se apura no seu conjunto e não isoladamente por cada ano de atraso. Contudo, por cada ano de demora deve existir uma reparação que pode variar entre 1000 a 1500 Euros, independentemente da sorte da acção perante o juiz nacional. Este cálculo constitui apenas, na verdade, uma base de partida da valoração, podendo aumentar para 2000 Euros, tendo em conta a importância da matéria que é objecto da lide (como acontece a propósito de questões de trabalho, questões sobre as pessoas, o seu estatuto, saúde ou vida), ou diminuir, conforme exista pouca importância dos interesses em jogo ou o comportamento do requerente justifique a demora. Enfim, para calcular a quantia da indemnização a fixar, o juiz nacional tem que ter em conta as bitolas europeias e sobretudo tem que conhecer «os casos semelhantes» e a *medida* do *quantum debeatur* estabelecida para cada «espécie de casos» para ressarcimento do dano moral, exigindo-se ao juiz nacional a valoração convincente de congruência do caso concreto ao caso da espécie. Em suma, para fixar quantitativamente o valor da indemnização, tem-se entendido que, porque não há uma regra de liquidação propriamente dita, cumpre à jurisprudência nacional desenvolver uma tarefa estatística e de classificação dos tais *precedentes* para encontrar os imprescindíveis elementos de medida da quantificação da indemnização do dano.

Neste contexto, cumpre concluir no sentido de que, pese embora não consagrar respostas expressas, o novo RRCivilEE pode apresentar uma solução efectiva de reparação para as vítimas do funcionamento do serviço de justiça. E assim será desde que esse RRCivilEE seja interpretado e aplicado em conformidade com a jurisprudência europeia, sobretudo no que concerne ao pressuposto da ilicitude. E assim um resposta implícita no RRCivilEE vai no sentido de considerar que um dos pressupostos da obrigação da indemnização

zação corresponde ao dano patrimonial e não patrimonial, sendo este dano ínsito ao dano indemnizável, presumindo-se a sua existência nos termos do *id quod plerumque accidit*, sendo certo que, em princípio, por cada ano de atraso, o lesado deve obter uma indemnização que deve ser calculada de acordo com o *critério dos casos semelhantes ou da mesma espécie*, sendo certo que em termos de base de partida deve ter-se em conta um valor que pode variar entre € 1000 e € 1500, por cada ano de atraso, podendo ser elevada para € 2000. De resto, uma resposta para as insuficiências do RRCivilEE também vai no sentido de que o lesado deve recorrer subsidiariamente ao TEDH, sempre que a quantia indemnizatória fixada pelo juiz nacional seja claramente inferior àquela que lhe deveria ser atribuída, segundo a bitola europeia.

CAPÍTULO III

A DIMENSÃO DE *LA DURÉE* DO PROCESSO ADMINISTRATIVO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO: A CONCILIAÇÃO ENTRE A *DURAÇÃO* E A *URGÊNCIA* — A EMERGÊNCIA DOS PROCESSOS URGENTES E O PAPEL DO *SUJEITO-JURISDICCIONAL* NO TRATAMENTO PRIORITÁRIO DAS *SITUAÇÕES-DE-URGÊNCIA*

Razão de ordem: 0. Introdução. § 1. A concretização do processo efectivo e temporalmente justo. § 2. «La durée» do processo que versa sobre as *situações-de-urgência*: uma perspectiva comparada. § 3. «La durée» do processo que versa sobre as *situações-de-urgência*: a perspectiva portuguesa.

INTRODUÇÃO

A questão da duração do processo não é nova. Cumpre notar, aliás, que este tema não esgota a questão que versa sobre a *menor duração* do processo para a *situação-da-urgência*. A questão de *la durée justa* do processo ganha apenas novo fôlego no contexto da aceleração dos ritmos sociais e traduz acuidade quando pensada no domínios das *situações-de-urgência* ⁽⁶⁸⁹⁾. Só isso. Na verdade, a conciliação entre a segurança e a aceleração sempre foi objecto de estudo pela ciência do direito processual e sempre foi tida como uma tarefa difícil. Dela nos fala, por exemplo, R. GOLDSCHMIDT, num artigo publicado na *rivista di diritto processuale civile*, em 1936, a propósito do projecto de reforma do código de processo civil elaborado por ALBERTOS DOS REIS, tendo o autor afirmado que «o mais difícil é conciliar dois princípios divergentes: o da menor duração do processo e o da segurança. É indispensável que a jus-

⁽⁶⁸⁹⁾ Sobre este tema, vd. *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque organisé le 5 décembre 1995, sous la direction de J.-M. COULON/M.-A. FRISON-ROCHE, Paris, 1996.

tiça seja rápida; mas, é necessário que se faça realmente justiça» (690). Ora, a conciliação entre a aceleração do processo e a protecção de garantias essenciais dos *sujeitos-partes-no-processo* sempre esteve no centro do estudo e da preocupação da ciência do processo civil (691). E, entre nós, a equação rapidez-segurança não deixou nunca de ser objecto de tratamento pela ciência portuguesa do direito processual (692).

Cumpra também evidenciar que houve uma altura, durante o momento clássico do contencioso, em que os processos cautelares traduziam solução para a impossibilidade de conciliar a duração do processo com a rapidez, uma vez que como escreve ALLORIO, «a sanção cautelar e (correspondentemente) o direito subjectivo substancial de cautela seriam um produto do fenómeno de adaptação ou ajuste do direito substancial às necessidades decorrentes dos defeitos do processo». Neste sentido, o autor explicou: não obstante «o processo ser, no que respeita ao direito substancial, instituto completamente secundário e auxiliar», a verdade é que os «naturais defeitos» do processo criam conflitos cuja solução é posta ao direito substancial». O custo e a duração são as imperfeições mais graves e as menos facilmente corrigidas. O instrumento da condenação no pagamento das custas («condanna nelle spese») e a sanção cautelar são instrumentos criados pelo direito substancial para resolver respectivamente o problema do custo processual e da duração do

(690) R. GOLDSCHMIDT, «Intorno al progetto d'un nuovo codice di procedura civile portoghese», in: *Rivista di diritto processuale civile*, 1936, p. 280.

(691) Sobre este assunto, especialmente sobre as diversas tentativas de aceleração em prol da efectividade do processo, mormente sobre a introdução da oralidade pelo chamado «modelo de Estugarda» na década de sessenta, vd. G. BAUMGÄRTEL, «Eine Rechtstatsachenuntersuchung über die Ursachen der zu langen Prozeßdauer», *JZ* (16. Juli), 1971 pp. 441 ss.; W. GRUNSKY, «Il cosiddetto “modello di Stoccarda” e l’accelerazione del processo civile tedesco», *RDProc.*, 1971, pp. 354 ss.; W. GRUNSKY, «L’acceleramento del processo civile tedesco. Studi ed esperienze pratiche», *Ann.di.Perugia* (n.º 5) 1976, pp. 103 ss. E, especialmente sobre a *Novella* para a simplificação e aceleração do processo de 1976 e sobre a Lei de Simplificação da tutela judicial, de 1990, vd., designadamente, H. PRÜTTING, «La preparazione della trattazione orale e le conseguenze delle deduzioni tardive nel processo civile tedesco», *RDProc.* (2), 1991, pp. 414 ss.

(692) Como ensina JOSÉ LEBRE DE FREITAS (*Introdução ao Processo Civil*, Coimbra, 1996, p. 113), a progressiva valoração da celeridade processual não deve subalternizar a necessária maturação e a qualidade da decisão de mérito, pois, caso isso aconteça, tal situação corresponde a um desvio da função jurisdicional. Sobre este assunto, vd. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, 1997, pp. 49 ss. Como escreve PAULA COSTA E SILVA («Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar», in: *Aspectos do novo processo civil*, Lisboa, 1997, p. 269): «se pudessemos construir um processo civil ideal teríamos seguramente um sistema adjectivo que, acautelando os interesses das partes, permitisse uma rápida composição dos litígios e uma pacificação social, através do proferimento da decisão justa. Se é este o objectivo de qualquer legislador, de há muito se demonstrou que a ideia e a forma são inconciliáveis».

processo e para conciliar a solução deste problema com o da eficiência da tutela. Mais em concreto, acrescentava ALLORIO, a «sanção cautelar» representa a forma de reacção do direito substancial contra aquela que é a causa da maior duração do processo, que consiste na «necessidade de o *accertamento* preceder a execução», «uma necessidade que atrasa a aplicação da sanção, já que o *accertamento* não constitui por si só a sanção principal». E desta mesma modalidade de conciliação nos falaram CALAMANDREI e, entre nós, ALBERTO DOS REIS. Claro está que, na actualidade, no contexto de um contencioso de tipo contemporâneo, os instrumentos cautelares não conseguem senão oferecer um leve paliativo para os problemas do excesso da duração dos processos. A esta conclusão chegam nomeadamente os autores franceses quando se pronunciam sobre a figura de *référé*. E, assim, tentada outra metodologia, muito mais profunda e séria, que analisa as condições da oferta e da procura, as propostas de solução vão sendo variadíssimas, alargando-se para além das considerações de ordem técnico-processual. «A justiça é uma empresa produtora de verdade», e, por isso, não lhe fará mal inspirar-se em alguns dos princípios de gestão de serviços privados, para medir os seus custos e a duração dos seus serviços — consideram alguns ⁽⁶⁹³⁾.

Contudo, o direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe, pois, o retorno à consideração da duração justa do processo, atendendo às particularidades das situações. Por exemplo, declarada a falência dos processos cautelares, as propostas vão no sentido da introdução de válvulas de transformação do processo cautelar em processo principal, consagrando, assim, uma forma de, numa determinada situação específica, o processo cautelar superar as causas da sua própria insuficiência. A introdução nas leis processuais de processos especiais, diferenciados na sua estrutura, que permitam um tratamento de matérias especialmente sensíveis é uma solução que parece estar na moda. Na verdade, o fenómeno do *contencioso de massas* e a *urgência jurisdicional* — que poderão justificar as técnicas de *instrução probatória simplificada*, tipo «circuits courts», de rejeição liminar de petições e de justiça sumária — legitimam aparentemente a transformação do processo para produzir um melhoramento da imagem da justiça. O termo *justiça em tempo real* e a introdução dos ritmos mediáticos parecem ser propostos para agradar e satisfazer a opinião pública ⁽⁶⁹⁴⁾.

É muito claro, porém, que deve exigir-se à justiça a «haute couture» e não o «prêt-à-porter». E, neste sentido, parece mais razoável procurar distinguir

⁽⁶⁹³⁾ A este propósito, vd. J.-M. COULON, «Les solutions relatives à l'office du juge...», cit., p. 60.

⁽⁶⁹⁴⁾ Sobre este tema, vd. J.-M. BELORGEY, «La situation générale du temps...», cit., p. 10.

no processo *o tempo da serenidade do tempo da celeridade* e as soluções para a sua certa consagração ⁽⁶⁹⁵⁾. O processo tem sempre duração e esta duração, que se quer *justa*, é consequência da limitação humana e é, portanto, algo institucional e inelutável ⁽⁶⁹⁶⁾. O tempo do processo ou a *duração justa* é assim o tempo da procura da verdade através do *due process of law*, é o tempo da «aproximação», segundo regras pré-definidas, à realização através do processo daquilo que o ordenamento jurídico promete ao cidadão, sendo que, invocando a terminologia clássica *chiovendiana*, «*il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire*» ⁽⁶⁹⁷⁾. O direito ao processo efectivo e temporalmente justo desemboca na noção de efectividade, sendo que o tempo é um elemento que condiciona duplamente a efectividade do processo.

Neste sentido, numa perspectiva que atende à complexidade do processo, em que há factos simples e complicados ou há a possibilidade de produção de consequências graves e leves, a lei processual deve distinguir estas situações e deve igualmente identificar os actos que apenas necessitam de *meia medida de tempo* daqueles que necessitam de *um bom investimento de tempo*. Actos úteis e actos que desbaratam o tempo devem ser identificados e tipificados. E tal é assim, principalmente quando existe urgência. Nestes casos, ainda que haja complexidade do processo é necessário decidir sem demora, daí o verdadeiro «desafio» e a qualificação de «herói» que se dá ao juiz francês da urgência ⁽⁶⁹⁸⁾. É, aliás, de uma *dimensão menor da duração de processo* que falamos quando a situação de carência de tutela judicial apresenta urgência. Com efeito, a situação jurídica carente de tutela judicial pode ditar um tempo processual diferente, isto é, uma menor *durée*. É, neste contexto, que se percebe que o processo se deve abrir para os interesses do mundo social, uma vez que há questões eminentemente pessoais e profissionais, por exemplo, e há certos interesses de ordem ambiental ou social, designadamente, os interesses da economia e das empresas, que não podem submeter-se ao tempo médio ou à duração comum do processo (§ 1).

A conciliação é, de facto, difícil. Normalmente, o tempo do processo varia em função da complexidade da causa, da natureza do objecto do processo, das

⁽⁶⁹⁵⁾ Neste sentido, vd. S. GUINCHARD, «Les solutions d'organisation procédurale...», cit., p. 52.

⁽⁶⁹⁶⁾ Neste sentido, vd. M. A. FRISON-ROCHE, «Les droits fondamentaux...», cit., p. 11.

⁽⁶⁹⁷⁾ Princípio muito citado pela ciência do direito processual italiana e que, juntamente como outro princípio *chiovendiano*, já foi eleito pela jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano como dimensões do princípio da tutela jurisdiccional efectiva. Trataremos de o explicar na segunda parte deste dissertação.

⁽⁶⁹⁸⁾ Neste sentido, M. A. FRISON-ROCHE, «Les droits fondamentaux...», cit., p. 12.

(in)suficiências objectivas dos serviços da administração da justiça, do ritmo do mundo social e dos ritmos marcados nas leis do processo. E, aliás, frequentemente, este tempo do processo real colide manifestamente com o direito dos *sujeitos-partes-no-processo* «a ter tempo no processo» e a «obter a tempo uma decisão judicial no processo». Ainda assim, o problema da conciliação da menor duração do processo com a segurança coloca-se com mais acuidade no domínio da urgência. Na verdade, apresentada a urgência como categoria ordinária de acção, tanto no perfil social como no agir do *sujeito-administrativo* e na acção do *sujeito-jurisdicional-de-urgência*, fácil é perceber, agora, a partir das considerações que fomos expondo ao longo do primeiro e segundo capítulos, que, hoje, não é qualquer solução que é passível de estabelecer a justa medida da duração do processo. Aliás, se essa tarefa sempre foi difícil, uma vez que a duração processual necessária e as garantias dos *sujeitos-no-processo* não podem reduzir-se sem mais, na actualidade a tradicional tensão entre *la durée* e a urgência renova-se, se bem que com maior intensidade ⁽⁶⁹⁹⁾. Se dantes, a conciliação de tempos se fazia entre o «tempo de serenidade», que é próprio e necessário para certas fases do processo, e situações excepcionais (quase extraordinárias) de urgência, hoje em dia, a conciliação tem de ser feita a partir do «tempo da celeridade», que é a dimensão do tempo adoptada pelo agir dos *sujeitos-sociais*, e a situação de urgência, enquanto categoria ordinária de actuação generalizada. A clássica tensão entre *a duração* do processo e a *urgência* ganhou, pois, novo fôlego ⁽⁷⁰⁰⁾.

É precisamente neste quadro da duração qualitativa do processo que se impõe a consideração, a partir de um perfil estrutural, da situação de urgência, uma vez que a estrutura do processo tem de ser adequada à intensidade da *situação-de-urgência* que é carente de tutela. Assim, manifestando-se de diversa forma, a intensidade da urgência pode suscitar uma maior ou menor diminuição da forma e das formalidades, sendo possível instituir desvios ao princípio do contraditório. É neste contexto que se assiste a movimentos de reformas dos Códigos de Processo Administrativo. Com efeito, as reformas introduzidas em Espanha (1998), em França (2000), na Itália (2000) e em Portugal (2002/2003) não são fruto de mero acaso histórico. Todas elas apresentam semelhanças no tipo de melhorias introduzidas em prol da tutela jurisdicional de urgência. É claro está, a convergência surge no contexto do dinamismo desencadeado pelo direito europeu ⁽⁷⁰¹⁾ (§ 2.).

⁽⁶⁹⁹⁾ Neste sentido, vd. F. THÉRY, «La justice entre l'exigence de *la durée* et la contrainte de *l'urgence*», *Droits*, 30, 2000, p. 90.

⁽⁷⁰⁰⁾ A este propósito, vd. F. THÉRY, «La justice...», *cit.*, p. 90.

⁽⁷⁰¹⁾ Neste sentido, vd. K.-P. SOMMERMANN, «Européanisation et transformation de la justice administrative en Europe...», *cit.*, pp. 19 ss.

E, entre nós, essa influência europeia foi significativa. Cumpre começar por enunciar que o legislador consagrou em 2002/2003 um modelo aberto de tramitação urgente, que se estende tanto aos processos especiais previstos no Título IV do CPTA, denominados legalmente como processos urgentes — a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, o processo urgente em matéria eleitoral, o processo urgente relativo a actos administrativos praticados em certos procedimentos pré-contratuais — como abrange ainda, e de igual modo, os processos urgentes previstos no Título V, os denominados processos cautelares. Contudo, a estes acrescem outros. E daí a abertura do modelo. Por outro lado, cumpre dizer que este modelo assenta numa configuração aberta tanto das *situações-de-urgência* como das *decisões-de-urgência*. Com efeito, o modelo desenhado pelo legislador não se resume a identificar situações de carência de tutela judicial que merecem tutela prioritária. Ele integra uma cláusula geral atípica que permite aos *sujeitos-partes-num-processo-principal* solicitar a providência de urgência que se mostre adequada ao prejuízo concreto configurado, em termos que é possível obstar à formação de uma situação de facto consumado, independentemente do domínio em que a ameaça surja. Nestes casos, cabe ao *sujeito-jurisdicional-da-urgência* determinar em concreto qual é a decisão adequada para obstar ao prejuízo alegado. Finalmente, este modelo de urgência é fundamentalmente gerido por um *sujeito-jurisdicional-de-urgência*, dotado de poderes excepcionais, isto é de poderes que se manifestam fundamentalmente na gestão do *modus procedendi* do processo urgente e que apenas se revelam perante a urgência (§ 3.).

§ 1. A CONCRETIZAÇÃO DO PROCESSO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. A dimensão de «*la durée*» do processo. 2. A dimensão de «*la durée*» perante as *situações-de-urgência*. 3. Em especial, a conciliação entre «*la durée*» e a *situação-de-urgência-atípica*

0. Introdução

A concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo pressupõe a consideração de um conceito de duração justa do processo, um conceito que deve ser entendido no contexto daquilo que o ordenamento jurídico oferece aos *sujeitos-partes-num-processo*. A duração justa deve pressupor a efectividade do processo, tanto na perspectiva do resultado final do processo, como na perspectiva do tempo de espera na obtenção do resultado final, sendo certo que deve ter-se em conta a complexidade da causa e o tipo de situação jurídica que é carente de tutela jurisdicional (1.).

A *situação-de-urgência* traduz, por si só, um factor autónomo de medição da adequação da duração do processo, em termos que só um tratamento processual diferenciado pode permitir a realização da efectividade do processo. Com efeito, por vezes, o tratamento acelerado, abreviado e simplificado é exigido ao *sujeito-legislativo*, dependendo da sua capacidade planificadora a contextualização de *situações-de-urgência-típicas*, devendo fazer corresponder, de forma preventiva, a cada tipo de situação, processos estruturalmente especiais. Outras vezes, a *situação-de-urgência* pressupõe não uma imposição mas uma recomendação do legislador aos actores processuais para agirem de forma célere no processo, sendo que também pode exigir mecanismos de aceleração de processos pendentes. E, outras vezes, na impossibilidade de tipificar todas as *situações-de-urgência*, a lei processual prevê uma *situação-de-urgência-atípica*, cuja valoração pontual é remetida para o *sujeito-jurisdicional-de-urgência*, cumprindo-lhe em cada momento apurar de uma *situação-de-urgência* genérica ou específica (2.).

Na conformação pontual da duração do processo à situação de urgência que é carente de tutela destaca-se a actuação dinâmica do juiz. Com efeito, em certos momentos só a intervenção de um *sujeito-jurisdicional-especial* pode realizar a protecção efectiva do direito. E, assim, configurando-se uma situação de urgência, autorizado a antecipar-se no tempo, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* vem colocar-se na dimensão do presente, e vem realizar a protecção das pretensões jurídicas que só existem precisamente na dimensão do presente, as *pretensões-jurídicas-urgentes*, assegurando assim a tutela jurisdicional efectiva do direito administrativo substantivo (incluindo o direito constitucional e europeu) (3.).

1. A dimensão de «la durée» do processo

Por efectividade da justiça pode entender-se o resultado de um juízo de valor que considera aquilo que o ordenamento jurídico garante ao cidadão, enquanto resultado objectivamente possível de ser conseguido por via processual, e aquilo que é, em concreto, possível de obter depois da finalização do processo. De facto, coloca-se um problema de efectividade quando se verifica a ausência de correspondência entre o resultado que, em abstracto, o ordenamento jurídico promete ao cidadão e o resultado que, em concreto, lhe permitiu alcançar. E a falência da relação pode ter várias origens, sendo que, de entre elas, emerge a falta de adequação dos instrumentos processuais ou da técnica processual concretizada. E, de igual modo, o elemento tempo constitui, um factor determinante da efectividade da tutela jurisdicional. As propostas de reforma e de aperfeiçoamento dos instrumentos processuais não são desacompanhadas da preocupação de uma adequada concretização da técnica

processual temporalmente adequada, procurando alcançar aceleração processual ⁽⁷⁰²⁾.

Na verdade, o tempo tem uma relação directa e uma relação indirecta com a efectividade da tutela jurisdicional. A duração do processo, principalmente a duração do processo que ultrapassa certos limites, pode fazer diminuir o sentido da efectividade do processo. E assim é, porque, por um lado, pode esvaziar o sentido da sentença final, tornando-a vã e, conseqüentemente, inútil, sendo suficiente para isso que, por impossibilidade de execução, a sentença deixe de corresponder às expectativas criadas aos *sujeitos-partes-no-processo*, pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, podemos dizer que o elemento tempo condiciona indirectamente a efectividade da tutela jurisdicional. Mas, e por outro lado, a adequada celeridade do processo é também condição imediata da satisfação que o sistema processual promete realizar, uma vez que a duração razoável do processo é garantia fundamental do direito à tutela jurisdicional efectiva. Com efeito, cumpre perceber que, neste sentido, a duração do processo é, por si só, um elemento que concretiza ou anula a sua efectividade. Assim, independentemente da eventual execução da sentença que vier a ser proferida no final do processo, a duração desse processo é só por si um elemento que condiciona a efectividade do mesmo processo, em termos que ele deve apresentar-se como temporalmente justo, em função da complexidade da causa e da situação que é carente de tutela jurisdicional. Não são raras as vezes que, por o processo se ter alongado demasiado no tempo, um dos *sujeitos-partes-no-processo* perde o interesse na lide, age inconseqüentemente durante o desenrolar dos termos (sabendo que a sentença ainda tarda) e se afasta da causa pendente, independentemente de saber qual virá a ser o seu resultado final. A duração do processo é um elemento da garantia de acesso à justiça que pode por si só satisfazer ou anular essa garantia, em termos que se revela como dimensão do conceito de processo efectivo.

Na verdade, como já apontámos no capítulo anterior, a duração do processo foi manifestamente revelada como condição da realização da justiça nos processos de responsabilização dos serviços de saúde franceses por danos decorrentes de transfusões de sangue contaminado. Afinal, independentemente do resultado final, alguns dos processos em causa revelaram-se temporalmente injustos, pois os seus autores padeciam de um mal que lhes fazia diminuir o tempo de vida, em termos que só um processo de duração breve seria susceptível de satisfazer as suas pretensões jurídicas. Na verdade, nos casos mencionados, não se pode falar que tenha existido um processo temporalmente justo, porquanto tais *sujeitos-partes-no-processo* faleceram sem

(702) Neste sentido, vd. F. O. ZUCCARO, *Il tempo...*, cit., pp. 8 ss.

conhecerem o veredicto. E o mesmo pode dizer-se hipoteticamente em relação a uma pretensão jurídica que deve ser decidida num prazo relativamente curto de tempo. E assim, se bem que agora com diferente intensidade, não poderá dizer-se que o processo é temporalmente justo se ele é accionado com vista a assegurar num certo dia o exercício de um direito, liberdade ou garantia, qual seja a realização de uma manifestação ou de uma greve, e se o mesmo só vem a ser definitivamente decidido uma semana depois da data invocada para o exercício do direito negado. Neste caso, configura-se uma total falência do direito ao processo efectivo e temporalmente justo.

Pois bem, o tempo, aquele que, em princípio poderia ser considerado como categoria modal externa, concorre para a realização do grau de efectividade da tutela jurisdicional, transformando-se, por isso, numa sua componente essencial, pois, a efectividade da tutela jurisdicional é determinada em função do tempo que é empregue no processo para alcançar tudo quanto o ordenamento jurídico promete a quem dele se socorre para obter a protecção jurisdicional. Na verdade, o elemento tempo condiciona a execução integral da sentença e é, simultaneamente, condição directa e imediata da satisfação da pretensão jurídica através do processo.

Enfim, a duração dos processos que normalmente conhecemos é, ainda por cima, do tipo excessivo ou patológico, recomendando soluções de ordem radical. Na verdade, bem sabemos que, devido a vários factores, jurídicos, políticos e sociais ⁽⁷⁰³⁾, a prolação de sentenças é intempestiva, tanto no processo civil como no domínio criminal. E, de igual modo, fundamentalmente por causa do crescimento desproporcional da procura de tutela judicial em relação ao incremento de oferta ⁽⁷⁰⁴⁾, também o processo administrativo tem sofrido de uma semelhante «crise quantitativa» ⁽⁷⁰⁵⁾ — no que respeita à duração dos processos — que atinge as demais ordens de jurisdição no nosso país ⁽⁷⁰⁶⁾. Enfim, são de diversa natureza os factores que justificam a prolação excessivamente lenta de sentenças nos tribunais e são também de diferente natureza as propostas de tratamento da duração excessiva do processo (1.1.).

⁽⁷⁰³⁾ A este propósito, vd. PAULO OTERO, «A crise na concretização jurisdicional da justiça», in: *O debate da justiça. Estudos sobre a crise da justiça em Portugal*, coord. A. P. BARBAS HOMEM/J. BACELAR GOUVEIA, 2001, Lisboa, pp. 160 ss.

⁽⁷⁰⁴⁾ A este propósito, vd. *Estudo de Organização e Funcionamento dos Tribunais Administrativos, Reforma do Contencioso Administrativo, trabalhos preparatórios*, Ministérios da Justiça, 2000, pp. 16 ss.

⁽⁷⁰⁵⁾ Neste sentido, J. M. SÉRVULO CORREIA, «Vinte e cinco anos de mutação no Direito», *Flus*, 1999, p. 6.

⁽⁷⁰⁶⁾ Sobre este assunto, vd. a nossa *Introdução...*, cit., pp. 17 ss. (e bibliografia aí citada).

1.1. Como apontámos nas considerações anteriores, a propósito do Direito Processual Administrativo Europeu, mormente do emergente da CEDH e da jurisprudência do TEDH, os cidadãos são titulares de um direito ao processo efectivo e temporalmente justo. E, independentemente da adopção da concepção subjectiva ou objectiva do direito ao processo efectivo e temporalmente justo ⁽⁷⁰⁷⁾, a verdade é que o ordenamento jurídico deve oferecer processos efectivos aos cidadãos. E, considerando o tempo no processo como direito dos particulares que recorrem à justiça, e defendendo a sua aplicabilidade e respeito, não se importando de condenar qualquer Estado no pagamento de uma indemnização às vítimas ⁽⁷⁰⁸⁾, os juízes de Estrasburgo consideram que os cidadãos são credores do direito ao tempo no processo e consideram que o Estado é o seu devedor. Na verdade, é ao Estado que cumpre por a máquina judiciária em funcionamento, da qual o juiz é uma peça sem autonomia suficiente para lhe ser imputada a responsabilidade pelo ritmo lento dos processos. Aquele é, de facto, o devedor do direito ao tempo no processo ⁽⁷⁰⁹⁾. E, neste sentido, para o TEDH, pouco revela a invocação de sobrecarga de trabalho, ou a falta de meios humanos e materiais.

Depois de, no plano do direito internacional, termos confirmado as obrigações que do artigo 6.º, § 1, da CEDH — na perspectiva do direito à justiça em prazo razoável — resultam para os Estados contratantes, e nomeadamente para os seus órgãos judiciais, executivo e legislativo, e depois de termos enumerado algumas das sugestões que o TEDH tem vindo a apresentar no sen-

⁽⁷⁰⁷⁾ Como já assinalámos, o direito ao processo temporalmente justo, ou direito a um processo justo na dimensão do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, resulta do direito ao Direito e, por consequência, do direito de acesso aos tribunais e ao processo efectivo. E é nesta perspectiva que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem o consagra (no artigo 6.º, § 1, e artigo 13.º). A teorização do direito ao tempo justo no processo, como compreendido no direito de acesso aos tribunais, chega adquirir uma natureza subjectiva para HENRI MOTULSKY, ainda que a maioria da doutrina o não acompanhe. Com efeito, o autor considera que o particular tem um direito subjectivo ao processo temporalmente justo, do género direito de crédito — «tenho direito a que a causa em que intervenho seja objecto de decisão em prazo razoável», sendo que devedor de tal direito é o serviço que administra a justiça, incluindo o juiz, já que essa é a contrapartida do seu poder de intervenção no processo. Contudo, para se ser mais preciso, porque é ao Estado que cumpre colocar a máquina judiciária em funcionamento, da qual o juiz é uma peça sem autonomia suficiente para lhe ser imputada a responsabilidade pelo ritmo lento dos processos, é o Estado aquele que surge como verdadeiro devedor do direito ao processo temporalmente. Sobre este assunto, vd. H. MOTULSKY («Le droit subjectif et l'action en justice», *Écrits*, Dalloz, 1973, pp. 95 ss.), *apud* M. A. FRISON-ROCHE, «Les droits fondamentaux...», cit., pp. 15 ss.

⁽⁷⁰⁸⁾ Como escreve F. TERRÉ («Observations générales...», cit., p. 70): «não se importando de escolher a França como alvo preferencial de condenações, sendo este o preço, por ter sido o berço dos direitos do homem!».

⁽⁷⁰⁹⁾ Neste sentido, vd. M. A. FRISON-ROCHE, «Les droits fondamentaux...», cit., p. 19.

tido de os Estados aproximarem os seus sistemas judiciários dos *standards europeus*, mormente quando em causa está a protecção de uma *situação-de-urgência* que exige um tratamento prioritário adequado, é altura de elencar outras propostas que vão no sentido de fazer diminuir *la durée* patológica do processo e de a fazer corresponder a uma *durée* fisiológica justa. Já se sabe que o *sujeito-legislativo*, o *sujeito-jurisdicional* e o *sujeito-administrativo* e os *sujeitos-partes-no-processo experienciam e vivem* o tempo de diferente modo, dando prevalência a diferentes dimensões do tempo. E no contexto da dimensão do presente, é fácil encontrar conflitos entre o *sujeito-administrativo* e o *sujeitos-partes-no-processo*, de tal modo que se assiste à constante prática por ambos de comportamentos que revelam fraude à urgência ⁽⁷¹⁰⁾. Enfim, normalmente, numa relação processual confrontam-se sujeitos e interesses que revelam diferentes ritmos e o processo deverá adaptar-se a essas realidades, em termos que devem existir processos mais longos e delicados, devem existir processos mais longos mas simplificáveis e devem existir processos prioritários, uma vez que a celeridade pode identificar-se com uma urgência genérica, mas não a esgota ⁽⁷¹¹⁾. Há, ainda assim, situações de urgência específica que impõem a existência de processos de duração muito mais curta ⁽⁷¹²⁾.

Assim, em contas simples, temos para nós que a consideração das soluções de tratamento ou de gestão do tempo no processo (e conseqüentemente da duração justa do processo) — «uma tarefa que implica quase sempre tocar dolorosamente no coração da justiça» ⁽⁷¹³⁾ — obriga, pois, a tomar em consideração três tipos diferentes de tempo processual ou de *la durée processual*, o que impõe considerar em que termos a demora patológica do processo deve reduzir-se para a duração fisiológica (ou duração prevista legalmente) ⁽⁷¹⁴⁾, tanto mais que ainda deve considerar-se a existência do tempo curto ou da menor *durée* possível que seja adequada para as *situações-de-urgência* ⁽⁷¹⁵⁾.

Enfim, para gerir o *tempo longo* ⁽⁷¹⁶⁾ — enquanto tempo anormal, demora patológica do processo ou, finalmente, tipo de demora que excede a razoabi-

⁽⁷¹⁰⁾ Neste sentido, vd. M. A. FRISON-ROCHE, «Les droits fondamentaux...», cit., p. 21.

⁽⁷¹¹⁾ Neste sentido, vd. PHILIPPE LÉGER, «Le constat des rapports du temps...», cit., p. 1.

⁽⁷¹²⁾ Como, aliás, já procurámos demonstrar na nossa *Introdução...*, cit., pp. 60 ss. A este propósito, vd., fundamentalmente, o texto de O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit.

⁽⁷¹³⁾ Neste sentido, J.-M. COULON/M.-A. FRISON-ROCHE, «Avant-propos», in: *Le temps dans la procédure...*, cit.

⁽⁷¹⁴⁾ Quanto ao sentido dos conceitos, vd. a nossa *Introdução...*, cit., pp. 38 ss.

⁽⁷¹⁵⁾ Como já afirmámos no nosso, *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo*, Lisboa, 2004.

⁽⁷¹⁶⁾ Sobre os conceitos de «tempo longo» e «tempo curto», vd. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «Os procedimentos cautelares. Em especial, a suspensão da eficácia do acto administrativo», Separata de DJ (Vol. X, Tomo 1), 1996, p. 200.

lidade — as vias de solução habitualmente propostas, tentadas e em alguns casos efectivamente seguidas ⁽⁷¹⁷⁾ são de vária ordem e, conforme o ângulo a partir do qual se analisem, podem concretizar imediatamente duas finalidades distintas: a realização efectiva da justiça e (ou) o princípio da economia processual. Podemos configurar diferentes soluções para o «tempo longo» conforme a perspectiva extra-processual ou processual sobre que incidam. Inclusive, as soluções que se introduzem na jurisdição administrativa podem visar melhorar os elementos «oferta» e (ou) «procura» ⁽⁷¹⁸⁾. Não se ignora que muitas das soluções que são avançadas para resolver os problemas de excesso de recursos pendentes em tribunal se traduzem em propor mais do mesmo, qual seja o reforço de meios materiais e humanos. Nem se ignora que há sugestões que vão no sentido de fazer diminuir a quantidade de contencioso à custa do sacrifício das garantias processuais fundamentais das partes. Com efeito, reduzir o conjunto de actos impugnáveis, criar obstáculos aos particulares para aceder à justiça, como reduzir os prazos para propor uma acção processual ou aumentar as custas processuais, não parece ser um discurso conforme com os artigos 20.º e 268.º, n.os 4 e 5, da CRP. E é igualmente duvidosa a proposta de redução do âmbito da jurisdição administrativa se a mesma procurar realizar o mesmo objectivo ⁽⁷¹⁹⁾.

Já parece mais conforme com os ditames fundamentais que se proponham soluções que permitam gerir os conflitos de interesses públicos e privados fora dos tribunais administrativos ou antes da intervenção destes. Encontrar soluções de justiça alternativa passa por criar novos mecanismos ou por revitalizar alguns já existentes. Aliás, considerando o perfil mais preventivo de alguns mecanismos de solução do tempo longo, pensemos em primeiro lugar

⁽⁷¹⁷⁾ A este propósito, vd. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre...*, cit., pp. 50 ss.; J. O. CARDONA FERREIRA, «Há soluções para os problemas da justiça», in: *O debate da justiça...*, cit., pp. 40 ss.

⁽⁷¹⁸⁾ Para uma análise do género, muito economicista, que assemelha a gestão dos serviços de administração da justiça à gestão de outros quaisquer serviços empresariais, e para uma proposta que vai no sentido do tratamento do elemento procura, designadamente através de mecanismos que permitam dissuadir o recurso aos tribunais, especialmente pelo aumento de custas e pelo aumento de mecanismos de solução extrajudicial de conflitos, em detrimento do elemento oferta (já que o investimento em recursos humanos e materiais parece se uma solução esgotada), vd. SANTOS PASTOR PRIETO, *Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993.

⁽⁷¹⁹⁾ Em sentido contrário, F. O. ZUCCARO (*Il tempo...*, cit., pp. 96 ss.) refere que a subtracção de matérias ao juiz administrativo pode traduzir-se numa via legítima e útil de redução do contencioso administrativo e de combate à demora processual. Aliás, o autor dá-nos conta do caminho nesse sentido percorrido «inconscientemente» pelo legislador em matéria de emprego público que, ao atribuir competência ao juiz ordinário (com excepção da que respeita aos procedimentos concursais), retirou 90% dessa matéria ao juiz administrativo.

nas vias administrativas. E pensemos fundamentalmente no procedimento e na importância que este tem no âmbito de uma complexa Administração, típica do Estado Pós-social, enquanto instrumento legitimador da actividade administrativa», «de criação de racionalidade no próprio funcionamento da Administração», «de manifestação e de composição de interesses públicos e privados» e «de protecção jurídica dos direitos dos particulares» (720). O procedimento é um mecanismo legitimador da actuação administrativa (721) e, em certos domínios, como o ambiental, o procedimento é também um «instrumento privilegiado para a defesa de direitos dos particulares, ou de associações representativas dos seus interesses», uma vez que proporciona uma «protecção jurídica de tipo antecipatório (anterior à eventual lesão futura) feita valer perante a Administração». É certo que a defesa proporcionada pelo procedimento «não substitui a tutela dos tribunais (que funciona ‘a posteriori’)», contudo, aquela assume um carácter preventivo da actuação destes» (722). Ora, a efectiva participação no procedimento administrativo, da qual pode resultar a possibilidade de, em certos domínios, o conteúdo do acto administrativo ser menos uma *estatuição* de autoridade e mais um *acordo de vontades* que traduza satisfação de ambas as partes, e, conseqüentemente, reduza as probabilidades de conflito e de recurso aos tribunais, é uma boa proposta. E a utilização de vias impugnatórias administrativas permitem igualmente encontrar soluções de tutela que eventualmente podem desencorajar o recurso aos tribunais (723). Estas podem servir como filtro de recursos contenciosos (724).

Sem prejuízo de voltarmos a esta questão mais adiante, cumpre continuar, atendendo, agora, a outra perspectiva de direccionar os mecanismos de gestão do tempo, qual seja a da relação oferta/procura. Ora, já que a demora do processo administrativo foi sendo justificada perante os órgãos de Estrasburgo com a invocação de que o contencioso administrativo tem características muito próprias e é fisiologicamente um contencioso lento e de que as insuficiências

(720) Seguimos o raciocínio de VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito...*, cit., pp. 132 ss.

(721) VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, p. 402.

(722) Neste sentido, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito...*, cit., p. 139.

(723) Neste sentido, vai a proposta de F. O. ZUCCARO, *Il tempo...*, cit., pp. 83 ss. O autor, partindo da disciplina que instituiu o procedimento participado e a previsão dos «accordi» (ex artigo 11.º da Lei n.º 241/90), enuncia a participação no procedimento como uma das soluções extra-processuais e preventivas para a duração excessiva do processo.

(724) A este propósito, e sobre os inconvenientes da introdução de tal tipo de soluções no sistema belga, vd. P. GILLIAUX, «Le temps, le Conseil d'État et Strasbourg», AP, T1/1994, pp. 29 ss.

estruturais da jurisdição administrativa são co-naturais ao contencioso administrativo, pensemos, em primeiro lugar, no elemento «oferta». Assim, normalmente, as soluções para o tempo longo vêm incidir sobre a estrutura judiciária do contencioso administrativo e sugerem o seu reforço ou reajustamento. Neste contexto, vai-se propondo alterações à orgânica judiciária, no sentido da criação de mais tribunais de primeira instância ou na sua especialização por consideração às matérias e, igualmente vai-se propondo a criação de mais uma instância intermédia de recurso e a generalização da possibilidade de decisão por juiz singular ⁽⁷²⁵⁾, sendo que tais soluções não são consideradas contrárias às disposições da CEDH, como se poderia pensar ⁽⁷²⁶⁾.

Ainda atendendo ao tempo longo, mas a partir do ponto de vista da procura, a orientação desta e o seu desvio para outras entidades ou o seu encaminhamento para uma solução de tipo extra-judicial constitui um remédio que vem sendo proposto aqui e além fronteiras. Não se ignora que há matérias de direito público, de natureza «indisponível», que cumpre manter na exclusiva competência do juiz administrativo — como se apura da Recomendação R (86) 12, adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa ⁽⁷²⁷⁾, em Setembro de 1986. Contudo, tal tipo de mecanismos, como a mediação, conciliação e arbitragem, travam a «cultura obsessiva do acesso à justiça» ⁽⁷²⁸⁾ e são até recomendados pelo TEDH ⁽⁷²⁹⁾.

Voltando ao tema oferta, cumpre dizer que, entre nós, a solução para a *durée* excessiva (ou *tempo longo*) também passou pelas reformas estruturais do contencioso administrativo. Com efeito, lembrando as orientações do Ministro da Justiça português para a reforma da justiça administrativa (contidas no Despacho n.º 1602/2001, de 15.01.2001) ⁽⁷³⁰⁾, num período que ante-

⁽⁷²⁵⁾ Na França, por exemplo, a criação das *Cours Administratives d'Appel* e, no sistema europeu, a criação do Tribunal de Primeira Instância, em qualquer uma das situações procurou-se aliviar as instâncias superiores e, desse modo, visou-se aligeirar a realização de justiça. Também a redução das situações de decisão em colégio («collégialité») — que traduzem confusão de competências, perda de tempo e distribui irresponsabilidade — e a generalização do juiz singular («du juge unique») traduzem este mesmo objectivo — um objectivo que não é contrário às disposições da CEDH. Neste sentido, vd. J.-M. BELORGEY, «La situation générale du temps...», cit., p. 7. A previsão de corpos que auxiliem os Presidentes do Tribunais nas tarefas de gestão de recursos materiais e de pessoal, *os gestores*, é igualmente uma proposta vinda do estrangeiro. Neste sentido, vd. S. GUINCHARD, «Les solutions d'organisation procédurale...», cit., p. 53.

⁽⁷²⁶⁾ Neste sentido, vd. G. CANIVET, «Économie de la justice...», cit., pp. 2085 ss.

⁽⁷²⁷⁾ A este propósito, vd. P. GILLIAUX, «Le temps, le Conseil d'État et Strasbourg...», cit., p. 30.

⁽⁷²⁸⁾ Neste sentido, vd. F. TERRÉ, «Observations générales», *Le temps dans la procédure...*, cit., p. 70.

⁽⁷²⁹⁾ A este propósito, vd. F. O. ZUCCARO, *Il tempo...*, cit., pp. 89 e 90 e pp. 90 a 92; D. AMIRANTE/F. ROSI, «La giustizia amministrativa in Francia...», cit., pp. 230 ss.

⁽⁷³⁰⁾ Publicado tb. in: CJA, 25, 2001, pp. 60 ss.

cedeu a elaboração do projecto do novo ETAF, ficou claro que a demora excessiva do processo administrativo também se deveria combater com a introdução de medidas de racionalização na organização, no funcionamento e nas competências dos tribunais administrativos e, especificando, com a criação de mais TACs e com a instalação dos já criados (em face das diversas dificuldades dos três tribunais em funcionamento no continente) ⁽⁷³¹⁾, com a redistribuição de competências entre o STA, TCA e os TACs, e com o reforço dos seus serviços e pessoal, incluindo a promoção da especialização profissional e de carreira. Dito isto, considerando o presente, podemos afirmar que as reformas que efectivamente têm vindo a ser introduzidas na jurisdição administrativa ⁽⁷³²⁾, desde 1996, e, particularmente, desde a reforma operada pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, que aprovou o novo ETAF (tendo sofrido a primeira alteração com a Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, e a segunda com a Lei n.º 107-D/2003, de 31 de Dezembro), respondem a estes propósitos e vão ao encontro da concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo ⁽⁷³³⁾. Pôr a funcionar 16 tribunais até 1 de Janeiro de 2004 e o recrutamento e formação especializada de 85 juízes, traduzem, com certeza, essa preocupação e compromisso ⁽⁷³⁴⁾. E pôr em funcionamento o sistema informático concorre, de igual modo, para aliviar e simplificar a jurisdição administrativa ⁽⁷³⁵⁾. Enfim, o caminho faz-se caminhando ⁽⁷³⁶⁾.

⁽⁷³¹⁾ Sobre este assunto, vd. A. CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Organização judiciária administrativa (e tributária)*, Coimbra, 2003, pp. 183 ss., esp. pp. 195 ss.

⁽⁷³²⁾ E, no que concerne à racionalização das competências dos tribunais administrativos, cumpre dizer que, após a reforma, houve uma transferência de (quase) totalidade de competências de primeira instância para os TACs; transformação do TCA em tribunal de apelação e a atribuição ao STA do poder de julgar recursos de revista, dirimir conflitos de jurisdição e uniformizar jurisprudência.

⁽⁷³³⁾ A este propósito, vd. D. FREITAS DO AMARAL/M. AROSO DE ALMEIDA, *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*, Coimbra, 2002, pp. 21 ss.; neste sentido, M. F. SANTOS SERRA, «Intervenção do Presidente do Supremo Tribunal Administrativo», CJA, 34, 2002, p. 86; MIGUEL MACEDO, «Intervenção do Secretário de Estado da Justiça», CJA, 40, 2003, p. 6.

⁽⁷³⁴⁾ E nesta linha, confirma-se que, após esta data, estão em funcionamento 14 novos tribunais administrativos e fiscais agregados de primeira instância (Braga, Mirandela, Porto, Penafiel, Viseu, Coimbra, castelo Branco, Leiria, Lisboa, Loures, Sintra, Almada, Beja e Loulé) e neles exercem funções 127 juízes, tendo sido nomeados 44 magistrado do Ministério Público. Segundo informações do Ministério da Justiça, não obstante existirem dificuldades iniciais decorrentes da falta de recrutamento de oficiais de justiça em número suficiente às necessidades estimadas, o balanço inicial é positivo. E, para isso contribuiu também a instalação de equipamento necessário nas secretarias, gabinetes e salas de audiência. «Os novos tribunais possuem um parque informático constituído por 340 computadores, 148 impressoras, 26 digitalizadores (*scanners*) e mais de 230 leitores de certificados digitais». Dados divulgados pelo Conselho de Redacção dos *Cadernos de Justiça Administrativa*, «Nota de Abertura», CJA, 43, 2004, p. 3.

⁽⁷³⁵⁾ Com efeito, todas as páginas dos tribunais estão disponíveis na Internet, podendo os mandatários registados no SITAF consultar, aceder ao próprio processo e enviar documentos e

E no que concerne à consagração de mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, cumpre dizer que alguns destes instrumentos estão já previstos em domínios específicos do contencioso administrativo, como acontecia no artigo 260.º, n.º 1, do anterior REOP, outros foram consagrados no CPTA e outros continuam a ser tidos em conta em reformas em curso. Neste sentido, como se depreende das orientações do Ministro da Justiça para a elaboração do projecto do CPTA, a promoção de instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos permite evitar a propositura de acções na jurisdição administrativa. A criação de meios alternativos de resolução de conflitos, como o recurso aos tribunais arbitrais e às comissões de conciliação administrativa, é um tipo de remédio que trata o tempo longo ou a duração excessiva do processo e ao qual o TEDH não se opõe, como poderia imaginar-se ⁽⁷³⁷⁾. E, assim, a criação de centros de arbitragem permanente, que o CPTA acolhe no artigo 187.º — com funções de conciliação, mediação ou consulta, no âmbito dos contratos, da responsabilidade civil, do funcionalismo público, da protecção social e do urbanismo — vai ao encontro do artigo 6.º, § 1, da CEDH e do artigo 20.º, n.º 4, da Lei Fundamental ⁽⁷³⁸⁾. Voltando um pouco atrás e à questão do tratamento preventivo e prévio das questões jurídico-administrativas, especialmente por via das impugnações administrativas, cumpre dizer que as garantias administrativas necessárias podem igualmente contribuir para fazer diminuir a duração excessiva do processo. E assim, cumpre dizer que esta modalidade de garantia administrativa se manteve, com reajustamentos (nos termos do artigo 59.º, n.os 4 e 5), não obstante a reforma introduzida em 2002/2003. Como mencionou o Tribunal Constitucional (acórdão n.º 99/2001, processo n.º 640/99, de 13.03.2001) ⁽⁷³⁹⁾, os recursos administrativos necessários também têm como função economizar um recurso contencioso e, por isso,

peças processuais por via electrónica. As estatísticas de dois meses, após a entrada em vigor da Portaria n.º 1418/2003, de 30 de Dezembro, demonstram uma razoável adesão ao SITAF: 82 mandatórios estão nele inscritos; 96% dos novos processos estão neles registados bem como 30% dos processos anteriores a 2004; 83% dos novos processos foram distribuídos electronicamente e em 36% dos novos processos já foram praticados actos processuais através do SITAF. Dados divulgados pelo Conselho de Redacção dos *Cadernos de Justiça Administrativa*, «Nota de Abertura», CJA, 43, 2004, p. 3.

⁽⁷³⁶⁾ Sobre este assunto, vd., por exemplo, JORGE M. L. DE SOUSA, «Crónica do tribunal Administrativo e Fiscal de Braga (IX)», SI, n.º 307, 2006, pp. 561 ss.

⁽⁷³⁷⁾ Neste sentido, vd. P. GILLIAUX, «Le temps, le Conseil d'État et Strasbourg...», cit., pp. 28 ss.; G. CANIVET, «Économie de la Justice et procès équitable», JCP (I-361), 2001, p. 2085.

⁽⁷³⁸⁾ Para outras considerações e bibliografia citada, vd. D. FREITAS DO AMARAL/M. AROSO DE ALMEIDA, *Grandes linhas...*, cit., pp. 108 ss.

⁽⁷³⁹⁾ Publicado in: *DR*, II série, n.º 131, 06.06.2001, p. 9557.

podem servir como instrumento de racionalização do acesso à via judiciária. Ora, o CPTA ao manter o regime dos recursos administrativos (e ao manter como obrigatórios e necessários os previstos em disposição legal especial) contribui, neste contexto, para a economia processual no contencioso administrativo — e essa é mais uma das vantagens de um recurso que suspende a eficácia do acto recorrido, que «é fácil», que «é barato» e que, porque permite um reexame de direito e de mérito do acto, pode dar um solução definitiva favorável ao particular ⁽⁷⁴⁰⁾. É certo que ao configurar um novo contexto para a figura das impugnações administrativas necessárias ⁽⁷⁴¹⁾ e ao permitir ao interessado recorrer simultaneamente à Administração e aos tribunais (nomeadamente para solicitar providências cautelares), o legislador pode ter-se afastado de tal desiderato, cumprindo outros.

Pensemos agora no tipo de propostas que incidem fundamentalmente no processo e que visam fazer diminuir o número de processos em tribunal. Uma proposta de reajustamento da duração do processo passará radicalmente por dissuadir financeiramente os particulares que procuram irreflectidamente os tribunais, sendo que a filtragem de petições, seja através da sua eliminação liminar seja com o objectivo de orientação, é uma outra solução apontada ⁽⁷⁴²⁾. Também vai no mesmo sentido, ainda que não seja tão eficaz a reduzir a propositura de acções, uma outra solução a introduzir no processo, qual seja a possibilidade de agrupamento de processos e de resolução temática de processos, nos quais confluem, nomeadamente todos os recursos análogos relativos à aplicação da mesma norma. Na verdade, a especial apensação de processos, também agora prevista, entre nós, no artigo 48.º do CPTA, que pressupõe a escolha prioritária de um ou mais processos, ditos, à francesa, «affaires qui constituent une tête de série» ⁽⁷⁴³⁾, traduz fundamentalmente aceleração processual e economia de esforço. Voltaremos a falar sobre este assunto no contexto da menor *durée* do processo.

Continuemos, dando exemplos de propostas de solução e de soluções que foram consagradas, entre nós, no CPTA, e que forma introduzidas nos pro-

⁽⁷⁴⁰⁾ A este propósito, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «Em defesa do recurso hierárquico», CJA, 0, 1996, pp. 19 ss.

⁽⁷⁴¹⁾ A este propósito, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, «Implicações de direito substantivo da reforma do contencioso administrativo», CJA, 34, 2002, p. 71; VASCO PEREIRA DA SILVA, «De necessário a útil: a metamorfose do recurso hierárquico no novo contencioso administrativo», CJA, 47, 2004, pp. 21 ss.

⁽⁷⁴²⁾ Sobre este tema, vd. J.-M. BELORGEY, «La situation générale du temps des procédures...», cit., p. 7.

⁽⁷⁴³⁾ Sobre este assunto, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 52 e 53. Para mais desenvolvimentos, vd. D. AMIRANTE/F. ROSI, «La giustizia amministrativa in Francia...», cit., pp. 223 ss.; P. GILLIAUX, «Le temps, le Conseil d'État et Strasbourg...», cit., pp. 32 ss.

cessos de tramitação da AAE em prol da duração razoável do processo, isto é, no sentido de ajustar a duração fisiológica do processo a uma menor duração. E de entre as várias soluções consagradas, cumpre destacar as seguintes possibilidades: a de recebimento e de recusa da petição inicial pela secretaria, nas situações configuradas no artigo 80.º, a de citação da entidade pública demandada e dos contra-interessados pela secretaria, a de cumulação de pedidos, nos termos dos artigos 4.º e 47.º, a da correccção oficiosa de irregularidades ou deficiências de carácter formal, a da impossibilidade de apreciar posteriormente questões prévias que devessem ser apreciadas no despacho saneador (nos termos do artigo 87.º, n.º 2), a de modificação objectiva da instância (artigos 45.º, n.º 1, e 63.º, n.os 1 e 2, do CPTA e artigo 102.º, n.º 5), a de, por despacho saneador, o juiz ou relator conhecer total ou parcialmente do mérito da causa (artigo 87.º, n.º 1, alínea *b*), do CPTA), a de fundamentação sumária de sentença ou de acórdão que resolva uma questão simples (designadamente por já ter sido apreciada de modo uniforme e reiterado) ou que resolva uma pretensão manifestamente infundada, podendo a fundamentação consistir na remissão para decisão precedente (artigo 94.º, n.º 3, do CPTA); a da prática em simultâneo de actos processuais (como notificações, apresentação de contestações ou a realização de vistas pelos juízes intervenientes no julgamento). Estas são, pois, modalidades de soluções consagradas no CPTA que traduzem uma preocupação por manter a duração normal do processo numa medida conforme com o direito ao processo efectivo e temporalmente justo. Também outras foram as soluções consagradas, entre nós, para ajustar a demora fisiológica da AAE, como, por exemplo, os seguintes: o estabelecimento, entre as fases do processo, de regras de preclusão que obstem a que um acto omitido possa ser praticado fora do seu momento (artigo 84.º, n.º 5); a concentração do processo numa audiência na qual a causa possa ser discutida (artigo 91.º, n.os 1 e 2); a possibilidade da dispensa das alegações (artigos 78.º, n.º 4, e 83.º, n.º 2); o efeito devolutivo de recursos jurisdicionais e a consequente exequibilidade provisória da decisão recorrida (artigo 143.º, n.os 2 e 3, do CPTA) e o recurso *per saltum* (artigo 151.º do CPTA) ⁽⁷⁴⁴⁾. Mas poderia ainda pensar-se em outras ⁽⁷⁴⁵⁾.

⁽⁷⁴⁴⁾ Quanto à relação existente entre este tipo de medidas e a aceleração do processo, vd. SÉRVULO CORREIA, «O Recurso contencioso no projecto da reforma: tópicos esparsos...», cit., p. 187.

⁽⁷⁴⁵⁾ Os franceses propõem o enquadramento temporal da produção da instrução: «les mises en demeure» e «la clôture de l'instruction», bem como a existência do relatório do auditor. Em matéria de «conflito de competência» (ou erro) o reenvio automático do processo para o tribunal competente, generalizar a execução provisória das sentenças proferidas em primeira instância (limitando, *de direito*, o domínio do efeito suspensivo do recurso de apelação) e prever

2. A dimensão de «la durée» perante as situações-de-urgência

A duração fisiológica tem ainda de ser menor quando a situação que é carente de tutela jurisdicional exija um tratamento diferenciado e prioritário. E, nestas situações, propõe-se uma de duas soluções, a saber: permite-se que seja o juiz a dar tratamento prioritário a certo contencioso ou a certo tipo de processos, adquirindo assim respectivamente uma competência genérica ou específica de urgência ⁽⁷⁴⁶⁾ (2.1.) ou garante-se que a lei processual vem acolher modalidades processuais adequadas para as *situações-de-urgência* identificadas *a priori* ⁽⁷⁴⁷⁾ (2.2.).

2.1. O tratamento prioritário do processo e o dever de proceder à prolação da sentença em tempo breve pode ser necessário em termos gerais para determinado tipo de contencioso. Assim, voltando à questão do tratamento prioritário com selecção de um processo, de entre vários iguais, que é conhecido como mecanismo de «pilotage» de processos, que o *Conseil d'État*, num estudo realizado em 1988, indicava como instrumento adequado para fazer

com sistematização acordos de audiência entre partes, e seus mandatários e magistrados são algumas das ideias esboçadas pelos autores franceses. A este propósito, vd. P. GILLIAUX, «Le temps, le Conseil d'État et Strasbourg...», cit., p. 35; J.-M. BELORGEY, «La situation générale du temps des procédures...», cit., p. 8; J.-M. COULON, «Les solutions relatives à l'office du juge...», cit., p. 60; S. GUINCHARD, «Les solutions d'organisation procédurale...», cit., pp. 55 e 56.

⁽⁷⁴⁶⁾ Ainda no contexto do contencioso administrativo francês, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 29) distingue bem as diferentes situações. Assim, o autor justifica as diferentes soluções, dizendo o seguinte: «Fruit du caractère pressant de la solution du litige soumis au juge, l'urgence contentieuse résulte de la reconnaissance de celui-ci. Fondant l'urgence du jugement, cette reconnaissance émane soit de la volonté du législateurs, soit de celle du juge administratif lui-même. Ainsi, dans un certain nombre d'hypothèse, le législateur détermine-t-il les affaires urgentes dont le jugement revêt, à ses yeux, un caractère pressant. A défaut d'invitation textuelle à statuer d'urgence, le juge administratif détermine lui-même les affaires qui méritent un jugement accéléré».

⁽⁷⁴⁷⁾ No contexto do contencioso administrativo francês, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 29) aponta esta solução no seu trabalho. Com efeito, o autor escreve a este propósito o seguinte: «le jugement de certaines affaires est urgent par détermination textuelle: le législateur détermine les affaires qui doivent bénéficier d'un jugement accéléré et prescrit au juge administratif de les juger prioritairement». O autor enumera, assim, dois tipos de situações, uma em que o julgamento de urgência é imposto e outro que é recomendado ao juiz. Assim, neste caso, refere o Professor francês (p. 39) que «Tenu de se prononcer d'urgence, le juge garde une grande liberté de manœuvre pour organiser la procédure et l'adapter au degré d'urgence de l'affaire». Com efeito, nestes casos, «le jugement doit intervenir d'urgence parce que ce juge doit statuer avant que l'écoulement du temps ne prive son intervention d'utilité. L'urgence est ainsi conditionnée par l'utilité de la procédure: le jugement doit intervenir avant qu'il ne soit privé d'effet» (p. 41).

diminuir em certas matérias a demora excessiva do processo, tal mecanismo permite, além do mais, que seja dado um tratamento prioritário a certo tipo de processos que incidem sobre certo grupo de matérias. Com efeito, tal figura da lavra do *Conseil d'État* aponta para a possibilidade de individualização e agrupamento de *fattispecie* de contencioso análogo, ou contencioso que versa sobre o mesmo problema de direito, e para a possibilidade de julgamento, em andamento urgente, de apenas um caso «piloto», escolhido de entre os vários processos agrupados. Este mecanismo pressupõe que a decisão de mérito emitida sirva como precedente, devendo ser aplicada quase automaticamente aos demais processos (748). A legislação espanhola tem também contemplado um mecanismo processual semelhante. É certo que este mecanismo, além de contribuir para uma maior homogeneidade das decisões judiciais, traduz uma agilização do tratamento de certas matérias (749). É neste contexto que também se pode compreender a possibilidade de resolução de processos em massa, através da tramitação dos processos urgentes (artigo 48.º, n.º 4), quando sejam propostos mais de vinte processos, por existir uma mesma relação jurídica material ou por se aplicarem as mesmas normas a idênticas situações de facto (no caso de coexistirem relações jurídicas em paralelo), uma vez que este constitui também uma solução de «agilização» (750) e de adaptação da duração processual à matéria sobre que versa, permitindo uma aceleração do seu tratamento (751).

E de igual forma, o tratamento prioritário de certo tipo de processo pode ser recomendado, quando, em relação ao seu objecto, é decretada uma medida cautelar, por exemplo. Estas soluções, que desviam para o juiz um papel determinante de aferição de uma situação de urgência, são já seguidas pela jurisprudência do *Conseil d'État*, em certo tipo de contencioso. A possibilidade de se pedir o tratamento prioritário, e em andamento célere, de um processo por ter sido decretada uma medida de urgência provisória relativamente à questão litigiosa pendente ou por outras razões é também uma solução para reajustar *la durée* do processo à situação de urgência genérica — de que nos fala O. DUGRIP, no seu texto (752) — e que também foi sendo proposta nos

(748) Sobre este assunto, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 52 e 53. Para mais desenvolvimentos, vd. D. AMIRANTE/F. ROSI, «La giustizia amministrativa in Francia...», cit., pp. 223 ss.

(749) Neste sentido, F. O. ZUCCARO, *Il tempo...*, cit., p. 109.

(750) D. FREITAS DO AMARAL/M. AROSO DE ALMEIDA, *Grandes linhas...*, cit., pp. 103 ss.

(751) A este propósito, vd. SÉRVULO CORREIA, «O recurso contencioso...», cit., p. 187.

(752) No contexto do contencioso administrativo francês, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 26) encontra concretizados certos tipos de solução para a urgência. Com efeito, o autor escreve o seguinte: «Toutes les affaires dont le juge administratif est saisi ne sont pas jugées dans les mêmes délais. Certaines affaires sont jugées plus rapidement que les autres, parfois dans un

diversos projectos de reforma do sistema italiano, sendo que tal mecanismo foi, finalmente, consagrado neste sistema em domínios privilegiados de tutela ⁽⁷⁵³⁾. Como veremos melhor no capítulo seguinte, algumas destas figuras foram concretizadas em domínios específicos (e privilegiados) do contencioso administrativo italiano, sendo que, neste sistema, quer no âmbito do processo simplificado e abreviado para os «sectores sensíveis», quer no âmbito geral do processo cautelar, é agora possível proceder tanto à antecipação da decisão de mérito (fazendo essa antecipação à custa da emissão da decisão cautelar) como é possível decretar a medida cautelar solicitada e estabelecer a resolução prioritária da causa principal ⁽⁷⁵⁴⁾.

2.2. É neste contexto que cumpre enumerar uma solução que é normalmente proposta para os processos cuja duração deve ser adequada às situações de urgência. Falamos, neste caso, de um contencioso que exige por natureza uma menor *durée* do processo e para o qual o legislador deve estar atento. Como vimos, a noção de urgência ultrapassa o *periculum in mora*, e, por isso, a tutela de urgência não se compadece com os tradicionais processos acessórios de matriz asseguradora e conservatória de um estado de facto e de direito, e vai aproximar-se da expressão de *urgência-aceleração* do processo, exigindo um instrumento generalizado, incluindo princípios gerais do processo, ou mecanismos particulares de aceleração previstos no texto da lei processual a concretizar no âmbito de processos ordinários ou especiais. Em todo o caso, a urgência processual pressupõe sobretudo escolhas prévias de tutela prioritária de situações jurídicas, em que esteja em causa certo tipo de matérias ou direitos, e pressupõe, pois, o reajustamento do *modus procedendi* do processo e o reajustamento do rol de garantias das partes referentes à ins-

délai extrêmement bref (...). En raison des nécessités de la vie sociale et des dommages que peut entraîner l'écoulement du temps si le juge tarde à statuer, certaines affaires sont considérées comme urgentes et bénéficient d'une inscription prioritaire au rôle. La détermination des affaires qui, bénéficiant de la faveur juridictionnelle, sont urgentes aux yeux du juge permet d'établir la typologie de l'urgence contentieuse. Ainsi, lorsque l'urgence à statuer l'exige, le juge administratif juge l'affaire dans le plus brefs délais. La rapidité de la procédure fait échec à l'urgence de l'affaire: l'urgence se traduit dans la instance contentieuse par la célérité de la procédure».

⁽⁷⁵³⁾ Sobre este assunto, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 57 ss.; D. VAIANO, «L'accelerazione dei tempi processuali...», cit., pp. 1080 ss., esp. 1087.

⁽⁷⁵⁴⁾ Sobre este assunto, vd., O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 57 ss. Numa perspectiva de comparação, quanto às reformas recentes introduzidas no sistema italiano e francês, vd., respectivamente, quanto à diversidade de processos especiais previstos no novo sistema italiano (de «tutela accelerata», de tutela «immediata e sommaria» e de «tutela abbreviata»), D. VAIANO, «L'accelerazione dei tempi processuali», GDA (Luglio, 7) 2000, pp. 1080, 1087. E, quanto ao modelo francês, vd., por exemplo, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2002, pp. 1231 ss.

trução e produção de prova. A via normal de atender à urgência é, ainda assim, através de processos especiais, de tramitação urgente e de estrutura simplificada e abreviada, podendo neles estar configurada uma atenuação ou (mesmo) uma supressão total do contraditório. Tal via pode estar determinada e acabada no texto da lei ou pode estar prevista no texto da lei, mas não acabada, podendo tal configuração resultar da intervenção pontual do *juiz-da-urgência* ⁽⁷⁵⁵⁾. Contudo, haverá ainda outras *situações-de-urgência* para além das especificadas e tipificadas na lei processual. Ora, para elas, a lei processual deve continuar a configurar um tipo peculiar de processos especiais, também de tramitação urgente e de estrutura simplificada e abreviada, podendo igualmente estar neles configurada a supressão total de contraditoriedade ⁽⁷⁵⁶⁾. Estes são os processos urgentes acessórios, que apenas atendem à *situação-de-urgência* jurisdicional coincidente com o *periculum in mora* ou urgência que deve ser apreciada em termos funcionalmente dependentes da efectividade do resultado final de outro processo, sendo certo que a provisoriade da decisão que neles deve ser emitida combina com esse tipo de *situação-de-urgência*.

De um modo ou de outro, o atendimento prioritário e privilegiado da urgência combina bem com limitações do quadro temporal e formal da instância, sendo certo que, neste último contexto da simplificação, a urgência tanto impõe a atenuação do carácter contraditório da instrução como, em certas situações, impõe uma total supressão da contraditoriedade ⁽⁷⁵⁷⁾. De resto, como apontámos, quer do ponto de vista funcional quer do ponto de vista estrutural, a *situação-de-urgência* pressupõe a existência de uma pretensão jurídica ameaçada de lesão num quadro temporal imediato ou próximo, sendo que a actuação judicial que é necessária para obstar à perda da efectividade da tutela judicial que versa sobre a pretensão jurídica impõe a concretização da actuação judicial num quadro temporal curto. Quanto ao restante, a *instru-*

⁽⁷⁵⁵⁾ Sobre tais conceitos, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 29, 39 e 41.

⁽⁷⁵⁶⁾ Com efeito, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 92) escreve o seguinte: «L'assouplissement du formalisme à ce stade peut prendre de forme d'un allègement du débat contradictoire entre les parties et d'une modification dans les méthodes de travail de la juridiction. (...). Afin de statuer d'urgence le juge peut porter atteinte au droit des parties de présenter des observations. Très exceptionnellement l'urgence peut affecter le contenu même de celles-ci. (...)». E o autor aponta (a p. 94) o exemplo previsto na lei: «le juge administratif peut réduire la durée de l'instance en jugeant sans instruction, sans même être tenu d'en informer le requérant». A par destas situações, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., pp. 158 a 169) também nos dá conta da forma como a urgência em sentido restrito pode, no contexto das «procédures d'urgence», traduzir tanto uma limitação do grau da contraditoriedade (incluindo supressão total) como de redução da duração do contraditório.

⁽⁷⁵⁷⁾ No contexto do contencioso administrativo francês, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 92.

mentalidade, a provisoriedade e a sumariedade não são senão técnicas de realização da actuação judicial urgente, sendo que as duas primeiras são facultativas e a sumariedade é sempre obrigatória para quem pretende tutelar a urgência.

Nesta perspectiva, cumpre dizer que entre nós estão consagrados processos de tramitação urgente, tanto autónomos como cautelares — cujos prazos e existência de fases são proporcionais às distintas situações de urgência a que se aplicam, que correm em férias, com dispensa de vistos prévios, cujos actos de secretaria precedem quaisquer outros e cujos prazos de recurso são reduzidos a metade (artigos 36.º e 97.º e ss. e artigo 147.º) — vai ao encontro da realização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo na jurisdição administrativa. Com efeito, para além da adequação processual que se impunha, desde 1997, para defesa de direitos, liberdades e garantias, o legislador veio tratar prioritariamente as *situações-de-urgência* referentes à informação procedimental, consulta de documentos e passagem de certidões, bem como também veio dar um tratamento privilegiado a certo tipo de contencioso pré-contratual e eleitoral. Enfim, no que concerne especialmente ao primeiro tipo de *situação-de-urgência*, apesar de «não [ser] fácil delimitar o sentido do direito a um processo célere e prioritário»⁽⁷⁵⁸⁾, julgamos que o legislador ordinário seguiu o *indirizzo* constitucional, uma vez que este concretiza uma via «preferente e sumária para protecção destes direitos»⁽⁷⁵⁹⁾.

3. Em especial, a conciliação entre «la durée» e a situação-de-urgência-atípica

Finalmente, importa reflectir sobre o modo como o *sujeito-jurisdicional* pode assegurar, nos seus espaços próprios de gestão do tempo processual, o direito dos particulares ao processo efectivo e temporalmente justo, sendo que o cumprimento desse direito cabe também a todos os que integram o serviço público de justiça, especialmente ao juiz administrativo que é a entidade que vela pelo regular andamento do processo. Enfim, para além de alguns aspectos que já foram sendo realçados, tem interesse dizer que o *sujeito-jurisdicional*, enquanto gestor do tempo processual, pode dar um contributo especial para a concretização da *duração justa* do processo. É precisamente neste contexto que podemos configurar o tempo como elemento do processo que simultaneamente surge como factor dominador e como elemento dominado⁽⁷⁶⁰⁾.

⁽⁷⁵⁸⁾ Neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 502.

⁽⁷⁵⁹⁾ Seguimos o pensamento de J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 502.

⁽⁷⁶⁰⁾ Sobre estes conceitos, vd. J.-M. COULON, «Les solutions relatives à l'office du juge...», cit., pp. 59 ss.

Como dominador, ele pode destruir a justiça, agarrando e sufocando, como um polvo, todos os que sem defesa se aproximam dela. E, assim, o *sujeito-jurisdicional*, como *sujeito-do-passado* que é e como sujeito que actua a partir de dados normativos vindos do passado e actua sobre os factos já acabados e passados, é pouco sensível às coisas do presente. E surge normalmente como vítima deste tempo que o subjuga e o avassala. E assim é principalmente se a sua actuação tiver por pano de fundo o modelo do acusatório, que não favorece a sua intervenção e a condução do processo. Ainda assim, o TEDH já mencionou, a propósito da verificação do critério que atende ao comportamento das autoridades competentes no momento da apreciação da razoabilidade da demora do processo, que mesmo nos processos regidos pelo princípio do dispositivo, o juiz não está dispensado «de assegurar a celeridade do processo» (caso *Guincho/1987*). É precisamente no contexto de um modelo onde predomina o inquisitório que o *sujeito-jurisdicional* se revela como motor de aceleração do processo e não como prisioneiro do tempo. É verdade que a permissividade e a falta de clareza quanto à natureza dos prazos processuais tem sido o alibi para a eterna procura da qualidade da decisão, de que resulta a lentidão do processo ⁽⁷⁶¹⁾. Há, pois, uma tendência do *sujeito-jurisdicional* ou *sujeito-do-passado* para se deixar dominar pelo tempo da indiferença ⁽⁷⁶²⁾. Mas, o juiz também se pode relacionar com o tempo de forma diversa. Pense-se, agora, no tempo de outro modo — à semelhança da *rainha de copas do país das maravilhas da Alice* — e pense-se como o relógio pode ser instrumento ao serviço do juiz que quer dominar e controlar a duração do processo. Por exemplo, nos processos de urgência, o tempo é sobretudo o elemento dinamizador do processo. E é precisamente neste contexto que se encaixa o *sujeito-jurisdicional-da-urgência*, um sujeito que é sensível aos interesses jurídicos que só têm existência na dimensão do presente e que é sensível ao tempo que vai passando no processo. E para o efeito, o *sujeito-jurisdicional-especial* deve possuir instrumentos que lhe permitem ajustar a duração do processo à *situação-de-urgência*, podendo lançar mão deles com margem de manobra ⁽⁷⁶³⁾.

De resto, com a reforma de 2002, num contexto de um contencioso que se rege pelos princípios da igualdade de partes (artigo 6.º do CPTA), da promoção processual (artigo 7.º do CPTA) e da cooperação e boa fé processual ⁽⁷⁶⁴⁾, o juiz

⁽⁷⁶¹⁾ Neste sentido, vd. J.-M. COULON, «Les solutions relatives à l'office du juge...», cit., pp. 61 ss.

⁽⁷⁶²⁾ Assim, J.-M. COULON, «Les solutions relatives à l'office du juge...», cit., p. 60.

⁽⁷⁶³⁾ Neste sentido, J.-M. COULON, «Les solutions relatives à l'office du juge...», cit., pp. 60 e 61.

⁽⁷⁶⁴⁾ Sobre este assunto, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 14 ss.

administrativo não passou a ser um intermediário passivo entre as partes e, por conseguinte, da sua actuação vai resultar um efeito sobre a duração do processo e um contributo para a prolação das sentenças sem dilações indevidas. Assim, para além do dever de o juiz actuar de modo diligente no sentido de proporcionar a tutela judicial efectiva e em prazo razoável, de acordo com o princípio da cooperação e boa fé processual (artigos 2.º, n.º 1, e 8.º, n.º 1), há momentos em que se exige a sua intervenção oficiosa no processo, designadamente de proceder à correcção de aspectos formais do mesmo, e há momentos em que lhe cumpre escolher a tramitação processual a seguir. O dever de o juiz conduzir e intervir no processo, no sentido de concorrer para que a justa composição do litígio seja encontrada com brevidade e eficácia impõe-se em diferentes momentos do processo e designadamente no momento da instrução e produção de prova, no âmbito do qual se considera que o magistrado deve exercer poderes de clara direcção, devendo impedir as diligências que tenham carácter inútil ou desnecessário e dilatatório. Além disso, o poder de o juiz fixar prazos e poder aplicar a uma das partes sanções pecuniárias compulsórias pelo não cumprimento de deveres, bem como o poder de dar continuidade à acção — impedido que as partes cumpram mais tarde deveres ou ónus processuais que deixaram de cumprir — constitui mais um exemplo de poderes de intervenção no processo que o CPTA adopta no sentido do andamento célere do processo.

Claro está que o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* exerce poderes de condução do processo que são mais vigorosos e, logo, «quanto mais vastos [são] os seus poderes de condução do processo» mais ele é «destinatário directo e sujeito passivo do direito a uma decisão em prazo razoável» (765). O juiz da urgência desenhado no Código assemelha-se à figura *calamendreiana* do juiz como polícia do processo (766) e aqui o legislador esteve em clara e oportuna sintonia com a jurisprudência europeia que, ao apreciar da razoabilidade da demora dos processos administrativos — e mais propriamente, a propósito da análise de dois dos quatro critérios de medição do prazo razoável —, tem esclarecido que mais importante que tudo é que o juiz ao assegurar a celeridade normal do processo saiba estabelecer uma adequação entre a duração do exame da causa e as circunstâncias do caso. Mais precisamente, refere o TEDH que a razoabilidade se deve apurar atendendo à urgência e à complexidade do caso. E, entre nós, o TC também já esclareceu que a imposição às partes de prazos curtos para exercerem garantias processuais é legítima, desde que não impliquem um encurtamento inadmissível das possibilidades de

(765) Neste sentido, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., p. 235.

(766) Como já afirmámos, no nosso *Dos novos processos urgentes...*, cit., p. 107.

defesa ⁽⁷⁶⁷⁾. É bem verdade que nem todo o contencioso administrativo pode beneficiar de um tratamento prioritário e compreende-se bem porquê ⁽⁷⁶⁸⁾. O que é realmente importante, como asseverou a *Cour de Estrasburgo*, é que o juiz administrativo proceda a um controlo da duração do processo, sendo que a duração deve ser gerida em função da urgência e da complexidade do mesmo, pois, só assim se realizará uma boa administração da justiça ⁽⁷⁶⁹⁾.

Pois bem, a jurisprudência da *Cour de Estrasburgo* está consagrada no novo regime dos processos urgentes, principalmente nos momentos em que a lei entrega ao juiz da urgência verdadeiros poderes de determinação da estrutura do processo, mormente de um poder extraordinário para gerir os instrumentos originais de aceleração previstos nos processos urgentes. Demonstra principalmente inspiração europeia a entrega ao juiz de um poder para realizar audiências públicas para esclarecimento de matéria de facto e de direito no contencioso pré-contratual e no relativo aos direitos, liberdades e garantias, o poder de, em função da complexidade e da urgência do caso, o juiz escolher a tramitação processual mais lenta ou mais célere do processo de intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias, a possibilidade de o juiz escolher o meio de comunicação mais adequado para proceder à audição e notificação de partes e o poder de antecipação da decisão de mérito no âmbito dos processos cautelares (artigo 121.º). Ora, nestes casos, quando atendendo à situação de carência de tutela especial, os *sujeitos-partes-no-processo* são tratados «por medida», só um *sujeito-jurisdicional-de-urgência*, especialmente sensível à perenidade dos interesses jurídicos em causa, saberá gerir a duração do processo em função do tempo de existência de tais interesses, devendo determinar a estrutura do processo em função do tempo que lhe é imposto. O juiz da urgência é, pois, «uma personagem de luxo, um criador, um artista da decisão» ⁽⁷⁷⁰⁾. E, sendo pois, o dono do

⁽⁷⁶⁷⁾ Neste sentido, acórdão do TC de 06.07.1995, processo n.º 94/520, publ. in: *DR*, II série, n.º 260, de 10.11.1995, p. 13 509, onde é referido que «para além do dever de diligência do arguido e de boa fé processual, que são outros valores relevantes ao lado do direito de defesa, a imposição ao interessado da arguição da nulidade referida dentro de um prazo razoável [cujo prazo de invocação dura tanto tempo quanto tempo durar a audiência] não implica um encurtamento inadmissível das possibilidades de defesa do arguido nem se poderá falar neste caso de verdadeiramente de um encurtamento, dado que o direito de contraditório apenas necessita, neste caso, para se desenvolver de pleno, que a nulidade seja deduzida atempadamente».

⁽⁷⁶⁸⁾ Aliás, a aceleração da protecção jurídica poderia traduzir-se numa diminuição das garantias processuais e materiais, como refere J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 495.

⁽⁷⁶⁹⁾ Neste sentido, O. DUGRIP/F. SUDRE, «Du droit à un procès équitable...», cit., p. 213.

⁽⁷⁷⁰⁾ Neste sentido, M. A. FRISON-ROCHE, «Les droits fondamentaux des justiciables...», cit., p. 20.

tempo contado («compté») (771), é dele que depende sobretudo a menor duração do processo urgente.

§ 2. «LA DURÉE» DO PROCESSO QUE VERSA SOBRE AS SITUAÇÕES-DE-URGÊNCIA: A PERSPECTIVA COMPARADA

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. O dinamismo dos modelos europeus de justiça administrativa. 2. As urgências de matriz francesa e o modelo francês. 3. A urgência alemã e o modelo Alemão

0. Introdução

O direito ao processo efectivo e temporalmente justo tem também cada vez mais concretização nas leis processuais administrativas nacionais. Neste contexto, cumpre, pois, notar que as reformas introduzidas recentemente nas leis do processo administrativo, em Espanha (1998), em França (1995 e 2000), em Itália (2000) e em Portugal (2002/2003), não são fenómenos isolados. Na verdade, o dinamismo interpretativo do direito ao processo efectivo e temporalmente justo desencadeado pela *Cour* de Estrasburgo e pela *Cour* do Luxemburgo e a *constitucionalização* de tais direitos nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais (incluindo, por actuação dos respectivos Tribunais Constitucionais) estão na origem, a par de outros factores de ordem doméstica, dos movimentos mais recentes de reforma dos modelos de contencioso administrativo e da criação de uma tutela jurisdicional de urgência (772). Entre

(771) Neste sentido, M. A. FRISON-ROCHE, «Les droits fondamentaux des justiciables...», cit., p. 20.

(772) Neste sentido, vd. M. FROMONT, «La justice administrative en Europe. Convergences», in: *Droit administratif — Mélanges René CHAPUS*, Comité de patronage M. LONG/G. DURRY/J. RIVERO/G. VEDEL, Paris, 1992, pp. 197 ss. A este propósito, J. CHEVALLIER («L'évolution du droit administratif...», cit., esp. pp. 1807 a 1809) escreve o seguinte: «L'accent est mis désormais sur l'exigence de renforcement de l'efficacité du contrôle juridictionnel (...) et surtout, l'introduction par la loi du 8 février 1995 de moyens nouveaux destinés, d'une part, à combattre les refus d'exécution, d'autre part à prévenir l'inexécution, en donnant au juge le pouvoir d'injonction qui lui avait été là dénié, ainsi la faculté de prononcer une astreinte préventive, témoigne d'un changement radical de perspectives, largement sous la pression de la jurisprudence des Cours de Luxembourg (*Factortame*, 17 juin 1990; *Zuckerfabrik*, 21 février 1991) et de Strasbourg» [sendo que o autor cita em nota o aresto *Hornsby c. Grécia* de 19.03.1995, no âmbito do qual o TEDH veio dizer que «l'exécution de la décision rendue est une des composantes du «procès équitable». D'autre part, le développement des procédures d'urgence montre que le juge administratif s'efforce de combler le retard pris en ce domaine par rapport au juge judiciaire: la création du référé-provision (1988), du référé pré-contractuel (1993) ou encore la possibilité de suspendre l'exécution d'une décision (1995), sont révélatrices de cette tendance (...)]. Neste

outros (vários) aspectos, relacionados com os défices dos modelos de tutela principal, mormente perante a omissão administrativa, com a crescente incapacidade da tutela cautelar para garantir a efectividade da tutela dos indivíduos e das empresas e relacionados também com a multiplicação avulsa de processos especiais, todas as reformas apresentam como denominador comum o reforço dos poderes de condenação e de intimação dos tribunais perante a actuação e a omissão administrativas, incluindo a recusa na realização da pretensões subjectivas dos particulares, e apresentam sobretudo sintonia no tipo de modificações introduzidas nos respectivos regimes jurídicos de tutela de urgência (773).

No fundo, não obstante a particularidade de causas domésticas, todas estas reformas são operadas no seio de um fenómeno de europeização do direito processual administrativo e têm, por isso, denominadores comuns. E de entre eles está a introdução e o reforçar de mecanismos processuais que concretizam os princípios fundamentais de acesso à tutela jurisdicional efectiva e em prazo razoável. Ora, a tutela das *situações-de-urgência* constitui um domínio privilegiado dessa concretização do direito ao processo efectivo e

sentido, vd. J.-P. MARKUS, «Sursis à exécution...», cit., esp. pp. 257 ss. Sobre este assunto, considere-se, mais recentemente, K.-P. SOMMERMANN, «Européanisation et transformation de la justice administrative en Europe...», cit., pp. 19 ss.

(773) A este propósito, é interessantíssima a síntese de razões que ditaram a reforma italiana apresentada por A. BARTOLINI («Il rito specilae per i “settori sensibili”», in: *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n.º 205/2000*, a cura di B. SASSANI/R. VILLATA, Torino, 2001, pp. 179 ss., esp. pp. 179 e 180): «Tra i vari obiettivi della l. n. 205/2000 vi è quello di razionalizzare i riti speciali, che negli ultimi anni il legislatore ha introdotto con ritmo crescente ed esponenziale. Le ragioni di questo *trend* sono state messe ben in evidenza dalla dottrina. Il primo motivo è chiaramente dettato dalla crisi del tradizionale processo di legittimità, che ha portato all’esplosione delle misure cautelari: è noto, difatti, che nel tempo le ordinanze concesse in sede di cautela (sovente) hanno assunto la funzione di “chiudere” la vincenda processuale “per sempre”, trasformando il processo incidentale in un giudizio sommaro e definitivo; all’opposto, è altrettanto noto che la concessione delle sospensive unitamente alla lentezza delle decisioni delle liti sul merito, ha comportato la paralisi delle attività economiche in attività rilevanti quali le opere pubbliche. In secondo luogo, si è evidenziato che il moltiplicarsi dei riti speciali è determinato dal mutamento dei paradigmi di fondo del sistema amministrativo, sia sotto il profilo delle riforme organizzative e di quelle sull’attività delle pubbliche amministrazioni, sia per la crescente comunitarizzazione del processo amministrativo. L’attenzione del Parlamento ai riti speciali deriva anche dalla necessità di dettare norme processuali peculiari per settori significativamente importanti e rilevanti (c.d. *settori sensibili*), coinvolgenti libertà economiche e fondamentali degli individui e delle imprese, che necessitano di una disciplina *ad hoc*, diretta ad assicurare la celerità del giudizio. Ultima delle ragioni, ma non per importanza, è la spinta proveniente tanto dall’ordinamento comunitario ed internazionale, quanto dalle recenti modifiche della nostra Costituzione, che impongono al legislatore di assicurare la conclusione dei processi in tempi ragionevoli».

temporalmente justo. Aliás, em matéria de contratação pública, a influência do direito europeu foi determinante, tendo feito nascer nos diversos Estados uma disciplina comum de urgência — uma disciplina comum de urgência que já não se resume ao velho paradigma da tutela de urgência provisória em sentido restrito ou tutela de urgência cautelar (segundo a terminologia jurídica latina), mas vai muito mais longe ⁽⁷⁷⁴⁾ (1.).

Os sistemas nacionais têm sofrido, de facto, transformações, uma vez que, por aproximação aos *standards* europeus, tendem a colmatar as insuficiências de que os mesmos vêm padecendo e que os Tribunais de Estrasburgo e do Luxemburgo têm vindo a apontar. Em alguns casos, as transformações operadas pelo legislador nacional embatem de frente com as regras seculares do modelo e anulam um rol de princípios processuais, tido como *sacrossanto*. Assim aconteceu em França, com as reformas sucessivas da década de noventa e assim aconteceu mais recentemente com a reforma de 2000. A urgência processual é já tratada na actualidade por um *juiz-da-urgência* que tem poderes de injunção contra a Administração e tem poderes renovados, mesmo perante a omissão administrativa, não permanecendo na lei o princípio que, no domínio do *référé*, impedia o juiz de antecipar provisoriamente o juízo de fundo da causa principal (2.).

A *situação-de-urgência* continua a ser tratada no panorama legislativo alemão por um *juiz cautelar* que é titular de uma panóplia significativa de poderes. Emergente do direito fundamental à tutela judicial efectiva previsto no artigo 19.º, § 4, da GG, a garantia cautelar está consagrada na lei ordinária em termos alargados, em ordem a incluir o universo das *pretensões-de-urgência* nas relações jurídico-administrativas. Pressupõe-se, pois, um modelo ordinário sem lacunas. Assim, a este propósito, cumpre dizer que o modelo cautelar alemão, traçado nos §§ 80 e 80-a e § 123 da VwGO, é tendencialmente completo, cabendo, ainda assim, à jurisprudência administrativa uma margem significativa de criação — o que faz, recorrendo a uma metodologia mediadora, que pressupõe a aplicação imediata do artigo 19.º, § 4, da Lei Fundamental de Bona (3.).

1. O dinamismo dos modelos europeus de justiça administrativa

Enfim, se os modelos de tutela de urgência provisória em sentido restrito (ou cautelar, segundo a terminologia latina) sempre apresentaram alguma pro-

⁽⁷⁷⁴⁾ Exactamente neste sentido, M. ROSSI SANCHINI («Un convegno...», cit., p. 956), apresentando a síntese da exposição de F. MERUSI no Colóquio que decorreu na Universidade de Siene, escreve o seguinte: «è cambiato il ruolo della pubblica amministrazione e quindi anche i contenuti del processo amministrativo sono mutati». E «(...) Il processo amministrativo diventerà un'altra cosa rispetto a quello che appare nella raccolta delle Grandi decisioni del Consiglio di Stato».

ximidade nos Estado europeus (775), a verdade é que, hoje em dia, essa convergência não se resume somente à tutela de urgência de traço clássico. Na verdade, o direito ao processo efectivo e temporalmente justo de matriz europeia tem sido concretizado nos respectivos ordenamentos jurídicos dos Estados através de diversas modalidades de tutela urgente, o que inclui tanto os tradicionais processos urgentes cautelares como outros processos especiais de tramitação urgente e de configuração estrutural diversa. A este propósito, cumpre notar que normalmente estes processos especiais surgem em domínios específicos (*matérias sensíveis* ou privilegiadas, tanto por critério nacional, onde se inclui os direitos fundamentais, como por critério europeu, onde se inclui os domínios da contratação pública) e são estruturalmente simplificados e abreviados e alguns deles concretizam mesmo instrumentos que reduzem ou anulam (por completo) as garantias do contraditório. Ora, assim surge positivada em processos especiais a sumariedade, enquanto técnica sempre presente e necessária ao serviço do direito ao processo efectivo e temporalmente justo (776). Assim aconteceu, por exemplo, em Itália, onde, a par de alterações introduzidas no regime do processo cautelar, o legislador veio individualizar um conjunto (taxativo) de controvérsias cujo objecto reclama tempos de resolução mais breves do que o tempo tecnicamente recomendado para a resolução das demais lides sujeitas ao processo ordinário (777) (1.1.). E assim aconteceu na Espanha principalmente no que concerne ao fortalecimento dos poderes dos tribunais perante a inércia administrativa e perante a actuação material.

(775) Sobre este tema, vd. M. FROMONT, «La protection provisoire des particulier contre les décisions administratives dans les États Membres des Communautés européennes», RISA (4), 1984, pp. 309 ss.; J. SCHWARZE, «Der vorläufige Rechtsschutz (sursis à exécution) im französischen Verwaltungsrecht», DVBl (15. Oktober), 1987, pp. 1037 ss. E, a propósito de um estudo comparatístico entre o modelo francês e o alemão, que descreve os «momentos do caminho percorrido no sentido da aproximação», não obstante as diferenças (como escreve M. FROMONT, no prólogo ao mesmo livro, a p. XV), vd. P. MOUZOURAKI, «L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand...», cit., pp. 17 ss., esp. pp. 396 ss.

(776) Exactamente neste sentido, M. ROSSI SANCHINI, «Un convegno...», cit., p. 953, apresentando a síntese da exposição de G. TOSCANO no Colóquio que decorreu na Universidade de Siene.

(777) A este propósito, e sobre a relação entre os tempos processuais do processo e as matérias sobre que versam os processos e a necessidade de observância de garantias processuais, bem como para uma visão da jurisprudência da Corte Constitucional Italiana que tem sido proferida sobre a compatibilidade dos processos especiais e as normas e princípios constitucionais, mormente do princípio da efectividade da tutela jurisdicional, da emissão de sentença em prazo razoável e do processo justo, vd. A. BARTOLINI, «Il rito speciale per i “settori sensibili...”», cit., pp. 180 ss.; N. SAIITA, «riti abbreviati e tutela cautelare: un passo indietro?», in: *I provvedimenti monocratici nel processo amministrativo ed altri saggi sulla nuova giustizia amministrativa*, Milano, 2002, pp. 121 ss. esp. p. 125.

O reforço dos poderes do juiz cautelar acompanhou o reforço dos poderes do juiz da causa principal. Afastado o conceito do recurso de natureza cassatória, surge agora, em harmonia com a nova acção de cognição plena, um modelo cautelar que, por estar assente no princípio do *numerus apertus*, permite ao juiz muito mais do que apenas suspender a execução de actos de conteúdo positivo (1.2.).

1.1. A revisão do modelo processual italiano constitui um bom exemplo das considerações que introduzimos a propósito do reajustamento dos modelos de justiça administrativa domésticos em função do Direito Processual Administrativo Europeu, mormente do Direito Processual Administrativo Europeu de Urgência. De facto, a reforma introduzida pela Lei n.º 205, em 2000, não visou apenas aperfeiçoar o modelo de tutela cautelar, através da introdução do princípio do *numerus apertus* neste domínio. Configurada a situação de uma «injustiça administrativa» (778), a reforma visou consagrar e aperfeiçoar outras modalidades de tratamento das *situações-de-urgência* — *situações-de-urgência*, entendidas, aqui, portanto, em sentido amplo, uma vez que a expressão também contempla situações em que se reclama a pronúncia de uma decisão rápida e de forma abreviada e simplificada (1.1.1.).

Na verdade, as alterações introduzidas na lei processual administrativa incidem, em primeiro lugar, sobre as *situações-de-urgência* em sentido restrito ou situações que correspondem às de *periculum in mora*, contemplando uma disciplina que incide sobre os processos de natureza cautelar, isto é, processos caracterizados pela instrumentalidade, provisoriedade e sumariedade, sendo que esta matéria foi prevista no artigo 3.º da Lei n.º 205 (que introduziu a reforma) e está agora consagrada no § 7 do artigo 21.º da Lei n.º 1034, de 6 de Dezembro de 1971, que é relativa aos Tribunais Administrativos Regionais (= LTAR). Importa, na verdade, realçar que as alterações introduzidas pelo artigo 3.º da Lei de 21 de Julho de 2000, Lei n.º 205, traduzem o acolhimento das soluções que neste domínio a jurisprudência administrativa vinha criativamente encontrando nos casos que lhe eram submetidos (779).

(778) Expressão de F. MERUSI/G. SANVITI, *L'ingiustizia amministrativa in Italia. Per la riforma del processo amministrativo*, Bologna, 1986.

(779) Sobre este tema, vd. A. PANZAROLA, «Il processo cautelare», in: *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n.º 205/2000*, a cura di B. SASSANI/R. VILLATA, Torino, 2001, pp. 19 ss.; R. DEPIERO, «Disposizioni generali sul processo cautelare», in: *La Giustizia Amministrativa. Commento alla L. 21 luglio 2000, n.º 205*, coordinati da V. ITALIA, Milano, 2000, pp. 238 ss.; R. GAROFOLI/M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo — Provvedimenti di urgenza, tutela possessoria, decreti ingiuntivi e ordinanze ex articolo 186-bis e 186-ter c.p.c.*, Milano, 2002, esp. pp. 1 a 273;

Agora, ao abrigo desta norma aberta, o juiz administrativo pode adoptar a medida cautelar que se mostre adequada para assegurar a efectividade do recurso principal, incluindo a intimação para a adopção de um comportamento ou a intimação para pagamento de uma quantia ⁽⁷⁸⁰⁾. De acordo com o artigo 21.º, § 7, da LTAR, o juiz cautelar pode escolher, segundo as circunstâncias do caso, a providência mais idónea para assegurar interinamente os efeitos da decisão a proferir no processo principal que versa sobre um acto administrativo impugnado ou sobre a omissão da Administração, tendo sido fixado como condição do decretamento da providência cautelar um duo de pressupostos: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. As inovações em prol da concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo não ficaram, contudo, por aqui. Na verdade, o legislador veio introduzir na disciplina do processo cautelar audazes instrumentos de aceleração e de antecipação, quer no tratamento da causa cautelar, em situação de extrema gravidade e urgência» (artigo 21.º, § 8, da LTAR), quer na obtenção imediata da decisão sobre o mérito da causa (artigo 21.º, § 9, da LTAR), quer ainda na aceleração para tratamento prioritário da questão do mérito (artigo 21.º, § 11, da LTAR) ⁽⁷⁸¹⁾ (1.1.2.).

D. DE CAROLIS, «La tutela cautelare: le misure cautelari, presidenziali e collegiali tra atipicità ed effettività della tutela», in: *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. CARINGELLA/M. PROTTO, Milano, 2002, pp. 215 ss.; G. PIZZUTI, «La legge 21 luglio 2000, n.º 205: cenni sulle disposizioni in materia di giustizia amministrativa», in: *Il nuovo processo amministrativo*, a cura de R. VENTRE, Milano, 2001, pp. 23 ss., esp. pp. 24 a 27; M. DE PAOLIS, «Giudizio cautelare», in: *Il nuovo processo amministrativo*, con il coordinamento di M. DE PAOLIS, Padova, 2001, pp. 95 ss.; M. MONTANARI, «Giurisdizione amministrativa e misure cautelari tipiche del processo civile», DPA (1), 2003, pp. 35 a 54; E. F. RICCI, «Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della P. A.», DPA (2), 2002, pp. 276 a 313; L. QUERZOLA, «La nuova tutela cautelare amministrativa è già davanti alla Consulta: una ipotesi di responso», RTDPC, 2001, pp. 821 ss.

⁽⁷⁸⁰⁾ É o seguinte o conteúdo do artigo: «*Se il ricorrente, allegando un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinamente gli effetti della decisione sul ricorso, il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio*». Estas regras podem consultar-se in: L. R. PERFETTI/M. MICHELETTI, *Fonti essenziali della giustizia amministrativa. Normativa e leading cases*, Padova, 2001.

⁽⁷⁸¹⁾ Sobre este tema, vd. A. PANZAROLA, «Il processo cautelare...», cit., pp. 54 ss., esp. pp. 74 a 77; R. DEPIERO, «Disposizioni generali...», cit., pp. 76 a 84; R. GAROFOLI/M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria...*, cit., esp. pp. 236 a 259; D. DE CAROLIS, «La tutela cautelare...», cit., pp. 304 ss.; G. PIZZUTI, «La legge 21 luglio 2000...», cit., esp. pp. 24 a 27; M. DE PAOLIS, «Giudizio cautelare...», cit., p. 100.

1.1.1. Contudo, cumpre reconhecer que as alterações incidiram sobre outros domínios, em relação aos quais a efectividade da tutela judicial impõe a obtenção de uma decisão com brevidade, decorrendo tal imposição do direito comunitário e da Constituição Italiana. Assim, foi objecto de alteração as disposições referentes ao processo especial ou processo acelerado («rito accelerato») para certas matérias, sendo que o conjunto de alterações, que consta do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 205 e que foram acolhidas no artigo 23.º-*bis* da LTAR, visou dar um tratamento correctivo e sistemático aos processos especiais, já existentes em matéria de obras públicas e actos da *Autoridade para as Telecomunicações*, tendo vindo alargar o domínio de aplicação desta «nova forma de processo especialmente veloz» (782), que «combina a certeza com a efectividade» (783), a outros tipos de matérias semelhantes, tais como, por exemplo, aos procedimentos adjudicatórios de fornecimentos de bens e de serviços, às decisões sobre privatização de serviços públicos e ao domínio das decisões das Entidades Administrativas Independentes (784).

Finalmente, as alterações incidem sobre a «jurisdição exclusiva do juiz administrativo» (785), isto é, sobre um «bloco de matéria» que cumpre ao juiz administrativo decidir independentemente de o particular invocar em juízo ser titular de um direito subjectivo ou de um interesse legítimo. O legislador veio aplicar a tal jurisdição o regime previsto no capítulo I do Título I do Livro IV do c.p.c., sendo certo que tal preceito vem integrar na jurisdição administrativa «os processos especiais sumários, de injunção para condenação provisória no pagamento antecipado de quantias, previstos nos artigos 186.º-*bis* e 186.º-*ter* do c.p.c., sendo ainda que tal alteração consta do artigo 8.º da Lei n.º 205 (786).

(782) Neste sentido, M. MUSCARDINI, «Il nuovo articolo 23.º-*bis* ex L. 205/2000 (prime riflessioni sulla misura cautelare)», RDProc., 2001, pp. 783 ss.

(783) Neste sentido, A. BERTOLDINI, «I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n.º 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela», DPA (4), 2003, pp. 1288 a 1341.

(784) Sobre este assunto, vd. G. TANZARELLA, «Disposizioni particolari sul processo in determinate materie», in: *La Giustizia Amministrativa...*, cit., pp. 92 ss.; N. PAOLANTONIO, «Il rito differenziato nel processo amministrativo», in: *Il nuovo processo amministrativo...*, cit., pp. 151 ss.; A. BARTOLINI, «Il rito specilae per i “settori sensibili...”», cit., pp. 179 ss.; N. PAOLANTONIO, «Tutela differenziata e processo amministrativo», DPA (4), 2001, pp. 964 ss.

(785) Como escreve R. DEPIERO («Giurisdizione esclusiva», in: *La Giustizia Amministrativa...*, cit., p. 239): «La c.d. “giurisdizione esclusiva”, come a tutti noto, riguarda quel particolare ambito di competenza del giudice amministrativo in cui lo stesso conosce, indifferentemente, delle posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, con ciò “escludendo” la concorrente competenza del giudice ordinario».

(786) Sobre este assunto, vd. R. DEPIERO, «Giurisdizione esclusiva», in: *La Giustizia Amministrativa...*, cit., pp. 238 ss.; R. GAROFOLI/M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e som-*

Cumprе notar, em síntese, que a Lei n.º 205 veio introduzir no processo administrativo mecanismos de tutela especial que concretizem o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, tendo concretizado, para este efeito, tanto instrumentos de tutela cautelar como outras figuras de tutela especial, incluindo figuras de tutela urgente não cautelar. Claro está que a doutrina não classifica de forma uniforme tais processos, existindo, pois, alguma variação terminológica a este respeito. De qualquer modo, não há dúvida de que o artigo 3.º da Lei n.º 205 veio introduzir alterações no modelo de tutela cautelar, concretizando assim, no artigo 21.º da LTAR, uma via de tutela instrumental, provisória e sumária. E também não há dúvida de que as alterações contemplam modalidades de tutela sumária (antecipatória) não cautelar, uma vez que tais processos agora introduzidos para a jurisdição exclusiva não comungam daquelas características, não obstante incluírem redução e diminuição do contraditório e se caracterizarem por uma provisoriedade distinta, que não impede a execução provisória de decisão — como veremos, a propósito dos artigos 186.º-*bis* e 186.º-*ter* do c.p.c., na segunda parte desta dissertação. Finalmente, a Lei n.º 205 veio introduzir no artigo 23.º-*bis* da LTAR, uma forma processual distinta, que se pode reconduzir à figura dos processos urgentes.

Na verdade, para certas matérias privilegiadas, entre as quais se encontram as decisões relativas à adjudicação e execução de contratos de obras públicas, o legislador italiano quis (até porque o legislador comunitário o fez querer) que existisse uma tutela especial e diferenciada. E tal diferenciação deveria acontecer particularmente no que respeita à tramitação célere, uma vez que, para decidir sobre as controvérsias relativas àquele tipo de matérias sensíveis, o ideal passaria por uma outra forma de decidir: em vez de decretar providências cautelares, que sempre paralísam a actividade pública e causam danos a interesses públicos e privados, mormente tratando-se de procedimentos adjudicatórios de obras públicas, o juiz deveria passar a poder gerir os tempos necessários do processo para decretar uma decisão de mérito com a mais brevidade possível, devendo decretar a providência cautelar interina apenas no caso de não decidir de imediato o fundo da causa. Cumprе notar, na verdade, que as disposições constantes da Lei n.º 205 revelam que o legislador italiano se deve ter pautado por esta lógica e por um princípio abreviador,

maria..., cit., esp. pp. 281 ss.; M. PROTTO, «La tutela sommaria: problemi di giurisdizione e aspetti applicativi dei nuovi istituti», in: *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza...*, cit., pp. 749 ss.; R. DE NICTOLIS/F. CARINGELLA, «Giurisdizione esclusiva e pubblici appalti. La legge 205/2000 al vaglio della giurisprudenza», in: *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza...*, cit., pp. 450 ss.; E. ANTONIO APICELLA, «I provvedimenti ingiuntivi», in: *Il processo davanti al giudice amministrativo...*, cit., pp. 131 ss.

no sentido de que, sempre que possível, o decretamento urgente de uma decisão de mérito será preferível ao decretamento de uma providência cautelar. E assim surgiu a introdução (e o reforço das já existentes) soluções do tipo *dois em um*, no sentido de que o juiz deve avaliar a situação de urgência em concreto existente e a complexidade da causa e deve proferir uma decisão de mérito em detrimento da medida cautelar, só assim não acontecendo quando a causa não estiver madura para decisão, por o estado da instrução probatória o não permitir, ou quando houver urgência na emissão de uma decisão interina, por não ser possível aguardar uma decisão de mérito, sob pena de se colocar logo em causa a efectividade da decisão final, devendo, neste caso, dar-se igualmente prioridade ao tratamento da causa a par de se ter decretado a medida cautelar.

Como apontámos, a LTAR acolheu estas soluções, tanto no artigo 21.º, § 9, no contexto da tutela cautelar geral, como reforçou as já existentes, dando-lhe um tratamento sistemático unitário no actual artigo 21.º-*bis* da LTAR, sendo que veio ampliar o rol das causas particularmente sensíveis. Cumpre notar, contudo, que o acolhimento destas figuras não tem sido pacífico. No contexto da tutela cautelar, a LTAR veio prever, no § 9 do artigo 21.º, de modo generalizado, embora com modificações significativas, o mecanismo de conversão do juízo cautelar em juízo de mérito, conhecido por rito abreviado — uma forma processual espontaneamente nascida no foro e aí conhecida como «rito veneziano»⁽⁷⁸⁷⁾ —, que já era previsto num domínio limitado do sector do contencioso contratual de obras públicas, no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 67, de 25 de Março de 1997 (convertido, depois, na Lei n.º 135, de 23 de Maio de 1997). Na verdade, este previa um recurso, com forma abreviada, para as causas relativas à adjudicação e execução de contratos de obras públicas e aspectos relacionados com a ocupação e expropriação das áreas respectivas. Tal processo caracterizava-se pelos seguintes aspectos: os prazos eram reduzidos a metade, o tribunal, perante o pedido de tutela cautelar, poderia decidir imediatamente a causa e, sempre que fosse concedida a providência, deveria fixar o julgamento para os sessenta dias seguintes.

Este processo suscitou alguma crítica e a sua inconstitucionalidade foi suscitada junto da *Corte Costituzionale*, mas esta assim não entendeu. Na Sentença n.º 427, de 10 de Novembro de 1999, o Tribunal veio esclarecer, contudo, que «não poderia prescindir-se de certos valores processuais, tais como, em primeiro lugar, a integridade do contraditório e o esgotamento [*completezza e sufficienza*] do quadro probatório necessário para decretar a decisão de mérito»⁽⁷⁸⁸⁾.

⁽⁷⁸⁷⁾ Neste sentido, vd. A. PANZAROLA, «Il processo cautelare...», cit., p. 65.

⁽⁷⁸⁸⁾ Neste sentido, para uma síntese, vd. A. PANZAROLA, «Il processo cautelare...», cit., p. 66, notas 166 e 167; A. BARTOLINI, «Il rito speciale per i “settori sensibili”...», cit., pp. 208

Além disso, a aplicação deste tipo de processo abreviado não deveria fazer-se à custa do desaparecimento da tutela cautelar, sob pena de violação do princípio da efectividade da tutela judicial, consagrado no artigo 24 da Constituição, uma vez que, como ditou o Tribunal Constitucional italiano, a tutela cautelar «é instrumental à efectividade da tutela jurisdicional e constitui expressão do princípio segundo o qual a duração do processo não pode prejudicar o autor que tem razão, de acordo com o artigo 24.º», não podendo, pois, o legislador prever processos abreviados em substituição dos processos cautelares. Aliás, como referiu a Corte Constitucional na decisão n.º 249, de 16.07.1996, «a fase cautelar é um momento obrigatório daquele que é o processo justo e efectivo posto à disposição do particular». Além disso, o próprio direito europeu (*maxime*, a Directiva *recursos*) e o TJCE consideram a fase cautelar como necessária a assegurar a tutela jurisdicional efectiva (789).

É certo que a Corte também considerou, na decisão de 10.11.1999, n.º 427, que a tutela cautelar poderia dispensar-se se «o processo permitisse obter uma solução para a lide de forma imediata e efectiva, em tempo substancialmente idêntico ao que decorreria para a emissão de tutela cautelar» (790). De um modo ou de outro, para que o juiz decidisse legitimamente a questão de mérito neste tipo de processos especiais, seria necessário respeitar, em suma, os princípios do *justo processo*. E, assim, segundo o veredicto do Tribunal Constitucional, a antecipação da decisão da causa de mérito deveria obedecer «em primeiro lugar, à integridade do contraditório e à completude e suficiência do quadro probatório no sentido da sentença a adoptar», tendo claramente mencionado que não poderia haver antecipação da decisão de mérito se «uma das partes revelasse a intenção de apresentar prova relevante e se a causa não estivesse madura para decisão, sendo, pois, necessário proceder a ulterior produção de prova» (791). Em síntese, a Corte Constitucional Italiana veio expressar um princípio segundo o qual «a abreviação dos termos

e 209. E quanto à perspectiva da conformidade com os princípios de matriz europeia, vd. M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997; G. CALDERONI, «Rito speciale per le opere pubbliche e “giusto processo” amministrativo», in: *Riv. trim. app.*, 1999, pp. 716 ss.

(789) Neste sentido, vd. A. BARTOLINI, «Il rito speciale per i “settori sensibili”...», cit., p. 214. A este propósito, vd. F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999, pp. 255.

(790) Neste sentido, para uma síntese, vd. a jurisprudência da Corte Constitucional citada, mormente da Decisão n.º 427, de 10.11.1999 (publ. in: *Urb. App.*, 1999, p. 1293), vd. A. BARTOLINI, «Il rito speciale per i “settori sensibili”...», cit., pp. 208 e 209.

(791) Neste sentido, vd. A. BARTOLINI, «Il rito speciale per i “settori sensibili”...», cit., pp. 208 e 209.

processuais (...), deve ser avaliada segundo um *juízo de congruência* no sentido de que não se deve valorar apenas o interesse das partes que reclamam o respeito pelo regime normal que fixa os tempos do processo, mas deve atender também à sua função, ao objectivo e à razão pela qual se introduziu o regime do processo diferenciado» (792). Cumpre, pois, notar que desta jurisprudência resulta que a antecipação da decisão de mérito (através do rito imediato) não deve contradizer as regras do processo justo, mormente no que concerne à produção plena de prova e à realização integral do contraditório. E que, em relação aos processos de tramitação urgente ou processos acelerados (através do rito acelerado), estes não podem concretizar-se à custa da garantia cautelar, sob pena de se violar o princípio da efectividade. E, finalmente, quanto aos chamados processos com abreviação de prazos (rito abreviado), deve seguir-se uma congruência, por parte do legislador, entre aquelas que são as razões de encurtamento de prazos e os interesses das partes em manter uma dimensão dos tempos processuais que lhes permita agir processualmente de forma adequada.

Segundo a doutrina, estas orientações foram tidas em conta na redacção do artigo 23.º-*bis* e devem permanecer como linhas orientadoras no momento da sua aplicação (793). E assim é tanto mais que a sua configuração legal padece de ambiguidades e contradiz aparentemente princípios de matriz constitucional e comunitária. E assim é porque a sua concretização pode desembocar numa clara preferência pela prolação da sentença de fundo em detrimento da emissão de providências cautelares. Assim, tendo por orientação uma jurisprudência constitucional que foi sendo ditada a propósito da tutela diferenciada para certos domínios, já consagrada na lei previamente existente e fundamentalmente a propósito da conciliação entre o tempo da duração do processo, as garantias do processo justo e da plena defesa e pleno contraditório e a propósito da garantia à tutela cautelar, enquanto instrumento necessário ao serviço da efectividade da tutela judicial, consagrado no artigo 24.º da CI, cumpre interpretar o artigo 23.º-*bis*, §§ 2 a 5, da LTAR.

Em primeiro lugar, e tendo por pano de fundo uma leitura generalizada dos processos especiais (*ou diferenciados*), previstos na lei processual administrativa, cumpre dizer que a doutrina enumera três tipos de ritos ou andamentos processuais, a saber: *a) rito abreviado*, decorrente do encurtamento de prazos, uma vez que, com a excepção do prazo inicial para propor a acção, os prazos são reduzidos a metade; *b) rito acelerado*, decorrente da possibilidade de o juiz,

(792) Neste sentido, vd. A. BARTOLINI, «Il rito speciale per i “settori sensibili”...», cit., pp. 208 e 209.

(793) Neste sentido, vd. A. BARTOLINI, «Il rito speciale per i “settori sensibili”...», cit., p. 210.

no momento da apreciação da causa cautelar, poder fixar, com urgência, a data para discussão do mérito da causa, revelando uma preferência clara pela prolação da decisão de mérito em detrimento da emissão da providência cautelar; c) *rito imediato*, decorrente da possibilidade de o tribunal, no decurso do processo cautelar, decidir emitir de imediato a decisão sobre o mérito da causa, deixando de proferir qualquer decisão cautelar ⁽⁷⁹⁴⁾. Como se percebe, o artigo 23.º-bis veio, assim, a acolher estes ritos (acelerado, abreviado e imediato) no processo especial urgente, uma vez que, respectivamente, está prevista a redução dos prazos para metade, é possível proceder a fixação do julgamento prioritário da causa e é possível proceder à emissão imediata e antecipada da decisão de mérito, abstendo-se, assim, o tribunal de proceder ao decretamento da providência cautelar, dependendo das circunstâncias do caso. Vejamos com mais pormenor as possibilidades configuradas na lei, sendo que se considera que os prazos são reduzidos a metade, salvo o prazo inicial para a propositura da acção que continua fixado em 60 dias. Assim, há uma possibilidade de o juiz decidir a questão de mérito, já no decurso da apreciação do processo cautelar, desde que verificada a completude do contraditório e desde que o tribunal considere, mediante um exame sumário, que é evidente a ilegalidade do acto impugnado e a configuração de um prejuízo grave e irreparável para o recorrente. E é possível decretar providências cautelares em caso de extrema gravidade e urgência e dar tratamento prioritário à questão de mérito.

Importa dizer que, para o contencioso relativo aos procedimentos adjudicatórios de contratos de empreitada, fornecimento e aquisição de serviços, e no que concerne a decisões das entidades administrativas independentes e decisões referentes à privatização de serviços públicos, a lei

⁽⁷⁹⁴⁾ Sobre este assunto, vd. G. RUGGERI, «Commetto all'articolo 4», in: *La Giustizia Amministrativa. Commento alla L. 21 luglio 2000...*, cit., pp. 111 ss.; N. PAOLANTONIO, «Il rito differenziato nel processo amministrativo», in: *Il nuovo processo amministrativo...*, cit., pp. 151 ss. A este propósito, A. BARTOLINI («Il rito specilae per i "settori sensibili..."», cit., esp. pp. 206 ss.) começa por distinguir as várias formas de aceleração na prolação da sentença, que têm sido ensaiadas neste domínio de matérias, incluindo as relativas às obras públicas. Assim, o autor aponta as seguintes, a saber: «a) *giudizio abbreviato* (nel quale i termini processuali ordinari sono ridotti di una certa percentuale — della metà ed anche oltre); b) *giudizio accelerato* (dove, insede di udienza cautelare il giudice, anziché adottare la misura internale, provvede al accelerare il rito di merito, tramite il rinvio ad una udienza ravvicinata nel tempo del momento decisionale finale); c) *giudizio immediato* (in cui il collegio, insede de rito cautelare, provvede a decidere definitivamente nel merito, anziché disporre la misura cautelare richiesta)». Sobre este tema, vd. S. MENCHINI, «Processo amministrativo e tutele giurisdizionale differenziate», DPA (4), 1999, pp. 922 ss., esp. pp. 934 ss. A seguir, o autor (a pp. 217 ss.) apresenta, pois, as três modalidades distintas de tramitação processual, mencionadas no texto.

processual administrativa consagra uma modalidade processual especial, no âmbito da qual também é possível decretar medidas cautelares. É um processo urgente de cognição plena acelerada, que potencia andamentos processuais distintos para a obtenção de uma decisão de mérito, sendo que tal tramitação é gerida tanto em função da necessidade de o tribunal decretar uma providência cautelar, mormente por estar em causa uma situação de extrema gravidade e urgência e existir uma razoável probabilidade de êxito do recurso, como em função de ser possível decidir o mérito da causa, logo no âmbito do processo cautelar, com sentença abreviada, por considerar evidente a ilegalidade do acto impugnado e por subsistir a ameaça de um prejuízo grave e irreparável, sendo que estes dois requisitos funcionam como pressupostos de admissibilidade do próprio processo urgente. Neste caso, verificando-se a completude do contraditório, o tribunal abstém-se de decretar a providência cautelar e fixa o julgamento do recurso para a primeira audiência que tenha lugar no prazo de trinta dias. Claro que, nas situações de extrema urgência e gravidade, o juiz pode dar tratamento prioritário ao mérito da causa e decretar a providência cautelar interina. Ora, neste contexto, cumpre, pois, reconhecer que, salvo nesta situação referenciada em último lugar, é possível que o rito especial previsto no artigo 23.º-*bis* não desemboque amiúde no decretamento de providências cautelares, uma vez que o tribunal tenderá a preferir a tramitação que conduz à consideração deste processo como urgente e que permite fixar com urgência a audiência de julgamento. Nestas situações, a configurar-se a possibilidade de produção de danos graves e irreparáveis e sendo evidente a ilegalidade do acto, seria mais conforme ao princípio fundamental da efectividade da tutela judicial, consagrado na Constituição italiana e no direito processual administrativo europeu, mormente ao direito europeu da urgência corporizado nas *directivas recursos*, que se decretassem providência cautelares que obstassem à execução do acto. Ainda assim, também não é de menosprezar a possibilidade do julgamento antecipado e imediato, por via de sentença abreviada.

1.1.2. Enfim, centrando agora a nossa atenção no processo cautelar comum e apenas nas alterações introduzidas para atender às *situações-de-urgência* em sentido restrito ou *periculum in mora*, cumpre notar que o legislador veio acolher o princípio do *numerus apertus*, e, assim, será possível ao juiz administrativo decretar, com elasticidade, a providência cautelar mais adequada ao caso concreto. Ora, o sistema do contencioso administrativo italiano, que antes era monocelular, isto é, assente no solitário processo de suspensão da eficácia de actos administrativos, deu lugar a um modelo aberto e pluricelular. E, assim, pode dizer-se que a disciplina introduzida no artigo 21.º da LTAR, pelo artigo 3.º da Lei n.º 205/2000, que acompanha o sentido da evo-

lução da jurisprudência mais recente, veio, deste modo superar o «limitado» e «asfíxiante» ⁽⁷⁹⁵⁾ modelo anterior — um modelo que era centrado no mecanismo cautelar de suspensão da eficácia de actos administrativos, que apenas contemplava a suspensão da eficácia de actos de conteúdo positivo ou ablativo, deixando sem tutela as pretensões jurídicas de urgência dos particulares perante a omissão e o silêncio da Administração e perante os actos de conteúdo negativo ⁽⁷⁹⁶⁾. Bem sabemos que, na falta de um mecanismo semelhante ao artigo 700.º do c.p.c., que permitisse ao juiz emitir, no caso concreto, a medida cautelar mais adequada para proteger certas pretensões perante a Administração ⁽⁷⁹⁷⁾, a jurisprudência administrativa, com a concordância (*deduzida* da sentença n.º 190/1985) da *Corte Costituzionale*, possibilitou aos particulares, no âmbito do processo de suspensão da eficácia do acto administrativo de con-

⁽⁷⁹⁵⁾ A. ROMANO («Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito», FI (Parte I), 1985, pp. 2491 ss.) definia como «intollerabilmente asfittica» a limitação do antigo modelo do contencioso administrativo à suspensão da eficácia de actos.

⁽⁷⁹⁶⁾ Sobre este tema, vd. G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Milano, 1971; E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; V. GASPARINI CASARI, *Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della P. A.*, Modena, 1982; V. ANGIOLINI, «Il potere di sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato: recenti tendenze del processo cautelare amministrativo», *JUS* (1-2), 1982, pp. 156 a 184; M. ROSSI, «L'appellabilità delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo nella giurisprudenza e nella dottrina», *FA*, 1983, pp. 1235 ss.; M. NIGRO, «L'articolo 700 conquista anche il processo amministrativo», *Giurispr. Ital.* (Vol. CXXXVII, Parte I, Sez. I), 1985, pp. 1297 a 1302; A. PROTO PISANI, «Corte Costituzionale: sentenza 28 giugno 1985, n.º 190», *FI* (Parte I), 1985, pp. 1882 a 1885; L. FIORILLO, «La Corte costituzionale introduce nel processo amministrativo la tutela cautelare atípica», *FA*, 1986, pp. 1675 a 1677; AAVV, *Il giudizio cautelare amministrativo (aspetti e prospettive)*, Atti della gionarta di *studio* tenuta a Brescia il 4 maggio 1985, Roma, 1987; G. CORSO, «La tutela cautelare nel processo amministrativo», *FA*, 1987, pp. 1655 ss.; E. M. BARBIERI, «Sulla strumentalità del processo cautelare amministrativo», *FA*, 1987, pp. 3173 a 3177; E. FOLLIERI, «La cautela típica e la sua evoluzione», *DPA* (4), 1989, pp. 647 ss.; U. DI BENEDETTO, «La tutela cautelare nel pubblico impiego nel giudizio amministrativo», *FA*, 1989, pp. 1625 ss.; M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1991, pp. 70 ss. e 289 ss.; A. VALORZI, *Tutela cautelare e processo amministrativo*, Padova, 1991; G. CARUSO, «La giustizia cautelare: i provvedimenti negativi e le ordinanze “propulsive” dei TAR», *FA*, 1994, pp. 2283 ss., esp. p. 2287; G. MONETA, «L'evoluzione involutiva della tutela cautelare amministrativa», *DPA*, 1998, pp. 382 ss.; L. QUERZOLA, «La tutela cautelare nella riforma del processo amministrativo: avvicinamento o allontanamento dal processo civile?», *RTDPC*, 2001, pp. 173 ss.

⁽⁷⁹⁷⁾ Sobre este assunto e sobre a evolução da jurisprudência administrativa italiana e as alterações introduzidas pelo artigo 3 da Lei n.º 205 de 2000 a propósito da tutela cautelar face a actos de conteúdo negativo, vd. R. GAROFOLI, «La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del *remand* e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo», *DPA* (4), 2002, esp. pp. 866 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, 2002, Padova, esp. pp. 181 ss.; G. D'INNELLA, *L'evoluzione della tutela sommaria e cautelare nel processo amministrativo*, Torino, 2002, pp. 13 e 14.

teúdo negativo, alcançar providências de conteúdo antecipatório de satisfação dessas pretensões. Na verdade, depois, de a *Corte* ter afirmado a essencialidade da tutela cautelar a fim de garantir o princípio *chiovendiano* da efectividade da tutela judicial, «a duração do processo não pode prejudicar o autor que tem razão», sendo que, porque o artigo 700.º do c.p.c consagra a tutela cautelar atípica e seria manifestação daquele princípio, dever-se-ia considerar aplicado ao contencioso exclusivo da jurisdição administrativa, mormente ao contencioso do funcionalismo publico, devendo dispensar-se uma disposição especial que o viesse prever ⁽⁷⁹⁸⁾. Enfim, hoje, tal possibilidade foi acolhida na lei e, actualmente, nos termos do artigo 21.º, § 7.º, da LTAR, após as alterações introduzidas pelo artigo 3.º da Lei de 21 de Julho de 2000, Lei n.º 205, o juiz administrativo pode adoptar a medida cautelar que seja, segundo as circunstâncias do caso, a mais idónea para assegurar interinamente os efeitos da decisão proferida no processo principal, podendo decretar simplesmente a suspensão da eficácia do acto administrativo impugnado, mas podendo, agora, também dirigir à Administração uma intimação para comportamento, verificando-se a inércia da Administração ou a prática de acto de conteúdo negativo, isto é, de acto que nega satisfazer o interesse pretensivo do particular, incluindo ainda a intimação para pagamento de uma quantia ⁽⁷⁹⁹⁾. Neste pre-

⁽⁷⁹⁸⁾ Ora, este acórdão veio legitimar constitucionalmente o alargamento dos poderes de cautela do juiz administrativo, dando, assim, cobertura tanto à adopção de novas providências cautelares de natureza positiva ou de intimação ou regulação como de providências de natureza inibitória que se poderiam fazer acompanhar de elementos acessórios de termo, modo e condição. Enfim, a partir daqui os particulares poderiam solicitar o decretamento de providências cautelares perante o silêncio ou a inércia da Administração e perante actos de conteúdo negativo, procurando assim alcançar uma tutela dos seus interesses pretensivos. E, assim aconteceu perante actos de conteúdo negativo. Pelo reconhecimento de uma natureza «análoga» entre os poderes do juiz da causa cautelar e os poderes do tribunal em sede de juízo de «ottemperanza», foi, assim, viável obter o adiamento da prestação de serviço militar, a participação com reserva numa prova escolar, a admissão com reserva de um candidato num concurso, o deferimento provisório do pedido de inscrição de um profissional no «albo dei consulenti del lavoro» e o deferimento provisório a favor de uma escola privada da autorização para o ensino de música. A este propósito, para uma síntese, vd. M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, pp. 107 a 145 e 281 a 306; L. BERTONAZZI, «Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione», DPA, 1999, pp. 1208 ss.; N. CENTOFANTI, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione e i procedimenti sostitutivi*, 1999, Padova, esp. pp. 99 a 101; M. CONCETTA FUCCILLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Padova, 1999, pp. 100 a 128.

⁽⁷⁹⁹⁾ É o seguinte o conteúdo do artigo: «Se il ricorrente, allegando un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinamente gli effetti della deci-

ceito, está, finalmente, contemplada, num perfil inominado e aberto, a garantia da tutela cautelar, enquanto instrumento co-natural do direito ao processo efectivo, que segundo a terminologia *chiovendiana* se traduzia pelo princípio segundo o qual «a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão»⁽⁸⁰⁰⁾.

A instrumentalidade destas medidas perante a efectividade da acção principal constitui, pois, uma característica que as distingue de outro tipo de providências de carácter antecipatório, que agora o juiz administrativo também pode decretar no domínio da «sua jurisdição exclusiva»⁽⁸⁰¹⁾. Neste sentido, hoje, perante a omissão administrativa e perante as decisões administrativas de conteúdo negativo, os particulares podem solicitar o decretamento da providência que realize a sua pretensão substantiva e que determine uma intimação à Administração para que esta adopte o comportamento ou pratique o acto com o conteúdo a que o particular tem direito, de acordo com o direito substantivo. Em todo o caso, deve salvaguardar-se o princípio que reserva para a Administração a valoração discricionária⁽⁸⁰²⁾.

E a LTAR prevê uma disciplina linear quanto às condições de procedência das providências cautelares. Nos termos do artigo 21.º, § 7, da LTAR, as condições de procedência da tutela cautelar são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. O primeiro pressuposto corresponde ao «prejuízo grave e irreparável que pode resultar para o requerente da imediata execução do acto ou da omissão da Administração», devendo passar a ser entendido em confor-

sione sul ricorso, il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio».

⁽⁸⁰⁰⁾ Sobre a amplitude do modelo actual, vd. A. PANZAROLA, «Il processo cautelare...», cit., pp. 19 ss.; R. DEPIERO, «Disposizioni generali sul processo cautelare...», cit., pp. 238 ss.; R. GAROFOLI/M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria...*, cit., esp. pp. 1 a 273; D. DE CAROLIS, «La tutela cautelare...», cit., pp. 215 ss.; G. PIZZUTI, «La legge 21 luglio 2000, n.º 205...», cit., pp. 23 ss., esp. 24 a 27; M. DE PAOLIS, «Giudizio cautelare...», cit., pp. 95 ss.; M. MONTANARI, «Giurisdizione amministrativa...», cit., pp. 35 a 54.; E. F. RICCI, «Profili della nuova tutela cautelare...», cit., pp. 276 a 313; L. QUERZOLA, «La nuova tutela cautelare...», cit., pp. 821 ss.; A. ROMANO TASSONE, «Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa», DPA (1), 2001, pp. 23 ss.

⁽⁸⁰¹⁾ Nos termos do § 7 do artigo 21.º da LTAR: «*o requerente, alegando um prejuízo grave e irreparável («pregiudizio grave e irreparabile») resultante da execução do acto impugnado, ou da omissão («comportamento inerte») da Administração, durante o tempo necessário para obter uma decisão sobre o recurso, pode pedir a adopção da medida cautelar, incluindo a intimação para pagamento de uma quantia, que, segundo o caso, pareça mais idónea a assegurar interinamente os efeitos da decisão sobre o recurso».*

⁽⁸⁰²⁾ A este propósito, vd. M. ROSSI SANCHINI, «Un convegno...», cit., p. 955, apresentando a síntese da exposição de D. DE CAROLIS no Colóquio que decorreu na Universidade de Siene.

midade com o conceito de irreparabilidade (e de forma mais directa com o facto consumado («fatto compiuto») e não com o de impossibilidade de resarcimento pecuniário. O segundo pressuposto de procedência das providências cautelares, que segundo alguma doutrina italiana é «inabdicável»⁽⁸⁰³⁾, é o *fumus boni iuris*, sendo que este resulta de um «exame sumário» e traduz-se num juízo de «razoável previsão sobre o êxito do recurso»⁽⁸⁰⁴⁾, sendo que tal expressão, «razoável previsão» tem mais a característica de uma «avaliação discricionária» do que uma conclusão obrigatória sobre os pressupostos de facto e de direito, de acordo com o esquema silogístico que caracteriza a sentença⁽⁸⁰⁵⁾.

Juntamente com os pressupostos comuns de procedência de tutela cautelar, a LTAR prevê um regime especial, sendo que relativamente àquelas condições acrescenta uma terceira. Assim, nos termos do artigo 21.º, § 7, da LTAR, «se a execução da medida cautelar provocar efeitos irreversíveis («effetti irreversibili»), o juiz administrativo pode condicionar o decretamento da medida cautelar à prestação de uma garantia, só assim não sendo se estiver em causa a tutela de interesses essenciais da pessoa («interessi essenziali della persona»), pois, o terceiro requisito será neste caso dispensado. Portanto, mesmo que a medida cautelar decretada produza efeitos irreversíveis, quando servir para tutelar interesses essenciais da pessoa, incluindo o direito à saúde, bens de natureza *ambiental* ou outros bens de *primario* relevo e valor constitucional, o tribunal pode ordenar uma medida cautelar com tal conteúdo (isto é, susceptível de produzir efeitos de natureza irreversível), sem que seja necessário prestar garantia ou «contra-cautela»⁽⁸⁰⁶⁾.

Com a reforma do modelo cautelar, foi admitida a possibilidade de decretação de tutela cautelar preventiva ou *ante causam* «em casos de extrema gra-

⁽⁸⁰³⁾ Neste sentido, R. GAROFOLI, «La tutela cautelare...», cit., p. 862.

⁽⁸⁰⁴⁾ A decisão cautelar deve conter a justificação quanto à avaliação do prejuízo alegado («valutazione del pregiudizio allegato») e indicar os termos em que, num exame sumário («sommario esame»), se reconheceu a existência de uma razoável previsão sobre o êxito do recurso («ragionevole previsione sull'esito del ricorso»).

⁽⁸⁰⁵⁾ Exactamente neste sentido, vd. M. ROSSI SANCHINI, «Un convegno...», cit., p. 952, apresentando a síntese da exposição de G. VACIRCA no Colóquio que decorreu na Universidade de Siene.

⁽⁸⁰⁶⁾ É o seguinte o conteúdo do artigo 21.º (§ 7) da LTAR: «*Nel caso in cui dall'esecuzione del provvedimento cautelare derivino effetti irreversibili il giudice amministrativo può altresì disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione o il diniego del misura cautelare. La concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la richiesta cautelare attenga ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale*».

vidade e urgência» (§ 8 do artigo 21.º da LTAR), isto é, em situações que não suportam a demora do próprio procedimento cautelar normal e que são proferidas ainda antes da propositura da acção principal. Esta é uma modalidade de tutela cautelar que foi contestada, mas que agora já tem o aval da *Corte Costituzionale* (decisão n.º 179, de 10.05.2002) ⁽⁸⁰⁷⁾. Nestes casos de especial urgência, *rectius* «de estrema gravità ed urgenza», o particular pode requerer ao presidente do tribunal administrativo regional, no próprio requerimento cautelar ou separadamente, o decretamento provisório de providências cautelares («misure cautelari provvisorie»), que são emitidas por «decreto motivado», mesmo na ausência de contraditório ⁽⁸⁰⁸⁾.

A LTAR impõe a necessidade de fundamentação da decisão cautelar (na forma de «ordinanza cautelare»), o que poderá ser entendido como uma intenção do legislador que vai no sentido de incentivar o decretamento de sentenças de mérito em forma simplificada («passaggio diretto alla sentenza di merito in forma semplificata»). De qualquer modo, a cognição cautelar é sumária e a sumariedade significa que a tramitação e a forma, incluindo a realização do contraditório, depende da apreciação e decisão do juiz, sendo que essa expressão também significa que há a possibilidade de se recorrer a formas e modelos diversos dos previstos na lei e a modalidades mais breves de instrução e de produção de prova, que se apresentam como distintas das previstas para o processo principal, sendo certo que se exige o respeito pelo contraditório ⁽⁸⁰⁹⁾.

Como já apontámos nas considerações introdutórias, a LTAR veio prever, no § 9 do artigo 21.º, de modo generalizado, embora com modificações significativas, o mecanismo de conversão do juízo cautelar em juízo de mérito,

⁽⁸⁰⁷⁾ Exactamente neste sentido, M. ROSSI SANCHINI, «Un convegno...», cit., p. 956.

⁽⁸⁰⁸⁾ Com efeito, a este propósito, o artigo 21.º (§ 8) da LTAR dispõe o seguinte: «*Prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio*».

⁽⁸⁰⁹⁾ Exactamente neste sentido, M. ROSSI SANCHINI, «Un convegno...», cit., p. 954, apresentando a síntese da exposição de S. MENCHINI, no Colóquio que decorreu na Universidade de Siene, escreve o seguinte: «(...) il giudice, come nel processo civile, determina le forme e i modi del processo purché vengano rispettati i principi fondamentali del contraddittorio, del diritto di difesa e soprattutto in punto di prove. Sommarietà significa anche possibilità di ricorso a forme e a modelli diversi da quelli previsti dal legislatore e a modalità di assunzione e di acquisizione delle prove più celeri e diverse, peculiari rispetto a quelle tipiche del processo principale, purché sia rispettato il principio del contraddittorio».

conhecido por *rito abreviado*, que já era previsto num domínio limitado do sector do contencioso contratual de obras públicas, no artigo 19.º do Decreto-Lei de 25 de Março de 1997, n.º 67/1997 (convertido, depois, na Lei n.º 135, de 23 de Março), e cuja constitucionalidade havia sido confirmada pelo Tribunal Constitucional, não obstante as recomendações impostas no texto da decisão. E, assim, de acordo com a nova disposição, que aliás, é muito parecida com aquela prevista, entre nós, no artigo 121.º do CPTA, o tribunal administrativo regional pode, no âmbito do processo cautelar, desde que estejam preenchidos os pressupostos necessários, emitir a decisão de mérito (nos termos do artigo 26.º da LTAR) desde que se verifique a realização completa do contraditório e esgotada a instrução e desde que ouvidas as partes para o efeito ⁽⁸¹⁰⁾. Esta nova norma, o artigo 21.º, § 9, da LTAR, em conjugação com o artigo 26.º (também modificado) da LTAR, consagra, pois, de forma generalizada, um «rito urgente» ou «rito veneziano» ⁽⁸¹¹⁾, que permite ao juiz antecipar a decisão de mérito no decurso do processo cautelar, devendo para o efeito considerar esgotada a prova e ouvir as partes. É certo que o juiz pode assim não proceder, já que se trata de uma «faculdade discricionária» ⁽⁸¹²⁾ que ele aplica de acordo com o seu bom senso, tendo em conta o estado instrutório da causa (que se impõe que esteja completo e esgotado), e visto que se pressupõe que existe uma questão objectivamente urgente, sendo que se pode tratar de uma situação de ameaçada de dano grave e irreparável. Se o juiz entender não antecipar a decisão de mérito e se considerar necessário realizar mais prova, ordena a realização do contraditório e fixa a data para posterior análise do recurso, o que se considera que deve ser em tempo breve, já que, a questão de mérito deve ser tratada com prioridade, nos termos do § 11 do artigo 21.º da LTAR, e, se entender, decreta a providência cautelar interina solicitada ⁽⁸¹³⁾.

⁽⁸¹⁰⁾ É o seguinte o conteúdo do artigo 21.º, § 9, da LTAR: «*In sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio nel merito a norma dell'articolo 26. Ove necessario, il tribunale amministrativo regionale dispone l'integrazione del contraddittorio e fissa contestualmente la data della successiva trattazione del ricorso a norma del comma undicesimo; adotta, ove ne sia il caso, le misure cautelari interinali*».

⁽⁸¹¹⁾ Neste sentido, vd. A. PANZAROLA, «Il processo cautelare...», cit., p. 65.

⁽⁸¹²⁾ Neste sentido, vd. I. FRANCO, *Strumenti di tutela del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Padova, 1999, pp. 328 ss.

⁽⁸¹³⁾ Sobre este tema, vd. A. PANZAROLA, «Il processo cautelare...», cit., pp. 65 a 77; R. DEPIERO, «Disposizioni generali sul processo cautelare...», cit., pp. 76 a 84; R. GAROFOLI/M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria...*, cit., esp. pp. 236 a 259; D. DE CAROLIS, «La tutela cautelare...», cit., pp. 304 ss.; G. PIZZUTI, «La legge 21 luglio 2000, n.º 205...», cit., esp. pp. 24 a 27; M. DE PAOLIS, «Giudizio cautelare...», cit., p. 100.

De resto, nos termos do § 11, o decretamento da providência cautelar obriga a dar prioridade à fixação da data para tratamento do processo que versa sobre o mérito ⁽⁸¹⁴⁾. Quanto às possibilidades de revogação ou alteração da medida cautelar decretada e de repetição de pedido de medida cautelar rejeitada, o novo regime cautelar italiano limita tais possibilidades a casos em que ocorram factos supervenientes («fatti sopravvenuti») (§ 12 do artigo 21.º da LTAR).

1.2. Vejamos, agora, após a entrada em vigor da reforma introduzida em 1998, em que termos está consagrada a tutela de urgência no modelo espanhol. Cumpre notar que, em comparação com o actual modelo, o sistema espanhol tradicional padecia de sérias insuficiências. Coube à jurisprudência inovar e coube à doutrina desenvolver uma batalha em prol da tutela de urgência. GARCÍA DE ENTERÍA, pioneiro nessa revolução, não se cansou de demonstrar as insuficiências do modelo ordinário nacional espanhol perante os *standards* europeus e constitucionais ⁽⁸¹⁵⁾ (**1.2.1.**). A reforma de 1998 veio, pois, aproximar aquele modelo nacional ao modelo previsto no direito processual administrativo europeu e ao respectivo direito constitucional, tendo integrado mecanismos abreviados (de matriz declaratória e de execução) ⁽⁸¹⁶⁾ e processos especiais, incluindo nos artigos 114.º a 122.º da Lei n.º 29/1998, um processo especial *prioritário e sumário de amparo* para protecção de direitos fundamentais na jurisdição administrativa (podendo ser seguido do recurso de amparo para o Tribunal Constitucional) ⁽⁸¹⁷⁾, e tendo acolhido o princípio da

⁽⁸¹⁴⁾ Com efeito, a este propósito, o artigo 21.º (§ 8.º) da LTAR dispõe o seguinte: «*Prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio*».

⁽⁸¹⁵⁾ É enormíssima a lista de textos e artigos publicados por GARCÍA DE ENTERRÍA. Cumpre citar aquela que é a obra do autor onde estão reunidos muitos dos textos publicados sobre este tema: *La batalla por las medidas cautelares*, 3.ª ed., Madrid, 2004.

⁽⁸¹⁶⁾ Sobre este tema, vd. F. SAINZ MORENO, «El procedimiento abreviado», in: *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Dirección J. LEGUINA VILLA/M. SÁNCHEZ MORÓN, 2.ª ed., Valladolid, 2001, pp. 379 ss.; J. M. CHAMORRO GONZÁLEZ/J. C. ZAPATA HÍJAR, *El procedimiento abreviado en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Navarra, 1999; I. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1999.

⁽⁸¹⁷⁾ Sobre este processo especial regulado nos artigos 114.º a 122.º da Lei n.º 29/1998 (cujo precente estava regulado na Lei n.º 62/1978), vd. J. TORNOS MAS, «Procedimientos especiales», in: *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Dirección J. LEGUINA VILLA/M. SÁNCHEZ MORÓN, 2.ª ed., Valladolid, 2001, pp. 529 ss.

tutela cautelar inominada e reforçado os poderes de injunção do juiz cautelar perante a omissão e a actuação de facto da Administração (1.2.2).

1.2.1. Ora, também o sistema de tutela cautelar do contencioso administrativo espanhol, antes da entrada em vigor da Lei n.º 29/1998, de 13 de Julho, estava ajustado ao de tutela jurisdiccional principal ⁽⁸¹⁸⁾, e, por isso, caracterizava-se por ser fechado e centrado na suspensão da eficácia do acto administrativo ⁽⁸¹⁹⁾. Este instrumento cautelar, compatível com o «recurso administrativo ao acto», de natureza revisora ou cassatória, era considerado como meio excepcional perante o princípio da execução imediata dos actos administrativos. E, por conseguinte, a actuação jurisprudencial de aplicação de tutela cautelar padecia de algumas insuficiências que foram sendo denunciadas pela doutrina, a saber, em síntese: interpretação formalista do artigo 122.º, n.º 2, da LJCA, que condicionava a oportunidade de suspensão do acto à produção de danos ou prejuízos de reparação impossível ou difícil reparação, sendo tal conceito associado ao prejuízo de impossível reparação pecuniária ou à situação de dano de difícil cálculo pecuniário, e deixava sem tutela as situações em que da imediata execução do acto resultassem danos economicamente reparáveis; não consideração do *fumus boni iuris* ou a aparência de bom direito como critério de procedência da tutela cautelar; condicionamento da procedência da tutela cautelar à prestação de caução, entendida, tantas vezes, como «obstáculo à emissão de tutela cautelar»; inadmissibilidade de suspensão de actos administrativos de conteúdo negativo e impossibilidade de decretação de medidas cautelares de conteúdo positivo. Ainda antes da entrada em vigor da Lei n.º 29/1998, de 13 de Julho, coube à jurisprudência um papel de

⁽⁸¹⁸⁾ Para uma caracterização desse modelo tradicional de tutela jurisdiccional principal, vd. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Vol. II, 6.ª ed., Madrid, 1999, pp. 549 ss.

⁽⁸¹⁹⁾ É enormíssima a lista de textos e artigos que versam sobre esta temática. Remetemos, pois, para a bibliografia já citada na nossa *Introdução...*, cit., esp. pp. 275 ss. Contudo, e para uma síntese, voltamos a citar, J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Madrid, 1986; C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991; E. OSORIO ACOSTA, *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Madrid, 1995; C. ESCUDERO HERRERA, «De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo. Especial referencia a la suspensión de las disposiciones y actos», AA, 25, 1998, pp. 527 ss., esp. pp. 528 a 534; M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Barcelona, 1999, pp. 14 a 28; M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1999; F. J. RODRÍGUEZ PONTÓN, *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Barcelona, 1999; F. GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, 1999.

inovação. Contudo, considerava-se que só a revisão da lei processual administrativa poderia garantir a certeza à ampliação da garantia cautelar que os tribunais administrativos espanhóis vinham inovadoramente produzindo ⁽⁸²⁰⁾.

1.2.2. A Lei n.º 29/1998, de 13 de Julho, veio instituir um novo modelo de tutela contenciosa principal perante os diversos tipos de comportamento ilegais da Administração ⁽⁸²¹⁾ — «formal ou material, singular ou normativo, activo ou passivo» ⁽⁸²²⁾ — e, em correspondência com ele veio prever um modelo de tutela cautelar assente na atipicidade. Neste sentido, a LJCA prevê um sistema cautelar adequado ao principal, um modelo de lista aberta de medidas cautelares possíveis, que acolhe o princípio do *numerus apertus*, por via do qual é admissível genericamente adoptar «quantas medidas assegurem a efectividade da sentença» (artigo 129.º, n.º 1, da LJCA) ⁽⁸²³⁾. E, como o conteúdo e efeitos das sentenças de mérito podem ser distintos, já que o novo recurso contencioso administrativo se desdobra em modalidades diversas — «recurso contra actos administrativos expressos ou tácitos»; «recurso que, de maneira directa ou indirecta, versa sobre a legalidade de uma norma de valor

⁽⁸²⁰⁾ Sobre esta jurisprudência, remetemos para a nossa *Introdução...*, cit., esp. pp. 279 ss.

⁽⁸²¹⁾ Para uma caracterização do modelo de tutela jurisdiccional principal, que surgiu após a introdução da reforma de 1998, vd. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Vol. II, 9.ª ed., Madrid, 2004, pp. 619 ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, Vol. I (4.ª ed.), 2003, Vol. II (4.ª ed.), 2003; F. CORDÓN MORENO, *El proceso contencioso administrativo*, Pamplona, 1999; RAMÓN PARADA, *Derecho administrativo I, Parte general*, Madrid, 2004, esp. pp. 678 ss.; M. SÁNCHEZ MORÓN, «El objeto del recurso contencioso-administrativo», in: *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Eds. J. LEGUINA VILLA/M. SÁNCHEZ MORÓN, 2.ª ed., Valladolid, 2001, pp. 163 ss.

⁽⁸²²⁾ Neste sentido, vd. *Exposición de motivos* da Lei n.º 29/1998, de 13 de Julho.

⁽⁸²³⁾ E, mais uma vez, dizemos que a bibliografia espanhola que versa sobre este tema é muito significativa. Por isso, quanto à enumeração de alguma dela, remetemos para a nossa *Introdução...*, cit., pp. 292 ss. Aqui, cumpre voltar a citar, M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Barcelona, 1999, pp. 129 ss.; V. GIMENO SENDRA, «El nuevo sistema de medidas cautelares en la LJCA de 1998», in: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI — Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, eds. F. SOSA WAGNER, Valencia, 2000, pp. 2249 ss.; F. L. RUIZ PIÑEIRO, *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de Julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Navarra, 2001. Há um rol significativo de textos que constituem anotações aos articulados da Lei e são incluídos em obras colectivas. A este propósito, destacamos, os textos de C. CHINCHILLA MARÍN, «Medidas cautelares», in: *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, REDA, 100, 1999, pp. 863 ss.; IDEM, «La tutela cautelar», in: *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Eds. J. LEGUINA VILLA/M. SÁNCHEZ MORÓN, 2.ª ed., Valladolid, 2001, pp. 587 ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley...*, (Vol. II), cit., pp. 2277 ss.; IDEM, *El derecho a la tutela jurisdiccional...*, cit., pp. 369 ss.

inferior a lei»; recurso contra a omissão administrativa» e «recurso contra actuaciones materiales constitutivas de *vía de hecho*» —, cumpre dizer que a LJCA tem instituído um modelo cautelar moldado pelas características ⁽⁸²⁴⁾ de *instrumentalidad*, «*homogeneidad*», provisoriedade e *sumariedad*, que permite aos particulares solicitar tanto medidas meramente conservativas como positivas ⁽⁸²⁵⁾. São, pois, significativas as alterações introduzidas nesta matéria. Aliás, no contexto do direito fundamental à tutela jurisdiccional efectiva, o juiz cautelar administrativo espanhol pode decretar qualquer providência que se mostre adequada a tutelar a pretensão do particular (1.2.2.1).

A Lei n.º 29/1998 estabelece um regime comum e um procedimento processual unitário para todo o modelo cautelar. Contudo, a decretação de tutela cautelar perante a omissão administrativa e a actividade material, ou tida como «*vía de hecho*», rege-se por uma disciplina especial. Assim, nos termos do artigo 130.º, são condições comuns de procedência da tutela cautelar o *periculum in mora*, que se apresenta como o pressuposto «essencial e básico» ⁽⁸²⁶⁾ de deferimento de uma providência urgente, e a prévia ponderação circunstanciada, com toda a «minudência e sem omitir circunstância ou particularidade» ⁽⁸²⁷⁾, de todos os interesses em conflito, em princípio de natureza antagónica, defendidos no processo ⁽⁸²⁸⁾. Ainda assim, cumpre notar que não se depreende da letra da lei a configuração do *fumus boni iuris* como condição de procedência da tutela cautelar comum. Juntamente com o regime comum de tutela cautelar (artigos 129.º e 130.º), a LJCA contém um regime especial para o decretamento de medidas perante a omissão administrativa (nas suas diferentes variações) e perante a «*vía de hecho*». Nestes casos, o pressuposto de procedência da tutela urgente não é tanto o *periculum in mora*, mas a evidência da actuação ilegal da Administração. A este propósito, a reforma de 1998 trouxe significativas inovações. Contudo, a doutrina já considerou que há ainda assim insuficiência perante aquele que é o *standard* europeu (1.2.2.2.).

1.2.2.1. No que respeita ao conteúdo das medidas e aos poderes do juiz cautelar, cumpre notar que os particulares podem lançar mão de um recurso

⁽⁸²⁴⁾ Para uma análise destas características, à luz da doutrina civilista espanhola, vd. M. ÁNGELES JOVÉ, *Medidas cautelares inominadas en el proceso civil*, Barcelona, 1995, pp. 13 a 28; M. ORTELLS RAMOS/M. P. CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Granada, 1996, pp. 8 ss. Estas características são aceites pela doutrina do contencioso administrativo. Sobre este assunto, por todos, vd. S. DE LA SIERRA, *Tutela cautelar...*, cit., pp. 51 ss.

⁽⁸²⁵⁾ Neste sentido, vd. M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar...*, cit., pp. 134 ss.

⁽⁸²⁶⁾ C. CHINCHILLA MARÍN, «Medidas cautelares...», cit., p. 871.

⁽⁸²⁷⁾ C. CHINCHILLA MARÍN, «Medidas cautelares...», cit., p. 871.

⁽⁸²⁸⁾ A este propósito, vd. J. RODRÍGUEZ PONTÓN, *Pluralidad de intereses...*, cit., esp. pp. 198 e 199.

principal contra actos administrativos de conteúdo positivo («gravamen»), destinado a alcançar a anulação total ou parcial dos seus efeitos (artigos 31.º, n.º 1, e 71.º, n.º 1, alínea *a*)), e juntamente podem solicitar a suspensão da eficácia desse acto. Todavia, tratando-se de um acto de indeferimento, expresso ou tácito, a doutrina espanhola considera que, existindo exercício de poder vinculado pela Administração, o particular pode requerer a título principal a emissão do acto administrativo favorável devido (artigos 31.º e 71.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*)), sendo que, em termos cautelares, faz sentido que a medida a decretar vá de encontro à pretensão principal. E assim, estando preenchidos os respectivos pressupostos, é possível requerer a condenação da Administração a praticar antecipadamente o acto administrativo devido. Contudo, ainda assim, a doutrina espanhola considera que, como decorrência da natureza instrumental da medida cautelar, o acto administrativo devido a antecipar deverá ter uma natureza compatível com a provisoriedade da decisão cautela ⁽⁸²⁹⁾. A este propósito, explica alguma doutrina que se a decretação a título provisório da licença de construção pode suscitar algumas dúvidas, pois, da sua emissão resultaria a produção de facto consumado, já a nomeação interina de um funcionário, uma autorização, uma licença ou uma concessão sujeitas a termo ou condição resolutiva podem mostrar-se legitimamente como medidas cautelares que podem ser decretadas no âmbito do actual contencioso cautelar espanhol ⁽⁸³⁰⁾. Quando esteja em causa o exercício de poder discricionário, esclarece alguma doutrina espanhola que estará interdito ao juiz cautelar dar ao particular coisa diferente ou mais do que aquilo que este alcançará através da decisão de mérito, pelo que não será possível condenar a Administração a emitir um acto administrativo negado. Contudo, ainda assim, fora das situações de discricionariedade reduzida a zero, não estando proibido ao juiz da causa principal a possibilidade de «condenar a Administração a não reincidir nos vícios de ilegalidade já censurados, também nada parece obstar a que, em sede cautelar, o mesmo possa acontecer. Se a Administração nega ilegalmente o acto (discricionário) favorável ao particular, justifica-se que por via de uma medida cautelar, nos dizeres de M. BACIGALUPO, medida cautelar positiva, ainda que não antecipatória, seja intimada a entidade administrativa a reapreciar e reexaminar o pedido do particular, sendo que, ao fazê-lo, a entidade administrativa que actua no exercício do seu poder discricionário está interdita de incorrer em infracções ao ordena-

(829) Neste sentido, M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautela...*, cit., pp. 142 e 143.

(830) Neste sentido, M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar...*, cit., pp. 144, 145 e 147.

Parecem ter o mesmo entendimento, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla...*, cit., pp. 18 ss. e 266 ss.; C. ESCUDERO HERRERA, «De la instrumentalidad...», cit., pp. 538 ss.

mento jurídico, em especial na ilegalidade concretamente censurada na sentença que decreta a medida cautelar ⁽⁸³¹⁾. No que respeita aos recursos contra as «*disposiciones de carácter general*», sendo a pretensão de fundo a de ver declarada a norma como não conforme ao direito, o particular poderá requerer a sua anulação total ou parcial e como medida cautelar poderá pedir a suspensão da vigência de tal norma impugnada (artigo 129.º, n.º 2, da LJCA) ⁽⁸³²⁾.

Assim, como na nova LJCA estão previstas formas novas de tutela jurisdicional principal perante a inactividade (ou omissão) administrativa e perante a actividade material da Administração, a lei processual administrativa permite o decretamento de tutela cautelar antecipatória neste preciso contexto ⁽⁸³³⁾. Tratar-se-á, nestes casos de condenar provisoriamente a Administração na prática de certa prestação ou na prática de certo acto (cuja natureza o permita), enquanto decorre o processo principal. E, nestas situações, os poderes do juiz estão condicionados pelos princípios estruturantes da tutela cautelar, mormente da instrumentalidade e da provisoriedade, estando proibido, pois, de conceder, através da tutela cautelar, mais do que o requerente poderá alcançar através da acção principal e de antecipar irreversivelmente os efeitos da decisão jurisdicional definitiva ⁽⁸³⁴⁾. Assim, de acordo com a doutrina, perante a omissão de prestação devida, o juiz cautelar poderá condenar a Administração na prestação de assistência, na realização de determinadas prestações sociais ou no pagamento de uma provisão a favor do credor da Administração ⁽⁸³⁵⁾. No que respeita à tutela cautelar que pode acompanhar o recurso contra a

⁽⁸³¹⁾ Sobre este assunto, vd. M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar...*, cit., p. 145; V. GIMENO SENDRA, «El nuevo sistema...», cit., pp. 2249 ss.; F. L. RUIZ PIÑEIRO, *Las medidas cautelares...*, cit., pp. 61 ss.; C. CHINCHILLA MARÍN, «Medidas cautelares...», cit., pp. 863 ss.; IDEM, «La tutela cautelar...», cit., pp. 587 ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, cit., pp. 2277 ss.; IDEM, *El derecho a la tutela jurisdiccional...*, cit., pp. 369 ss.

⁽⁸³²⁾ Para uma interpretação diferente, no sentido de que pode «sustituir la disposición impugnada (...) por una regulación provisional», vd. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, cit., p. 627; C. CHINCHILLA MARÍN, «Medidas cautelares...», cit., p. 867.

⁽⁸³³⁾ Neste sentido, C. CHINCHILLA MARÍN, «Medidas cautelares...», cit., pp. 866 e 867.

⁽⁸³⁴⁾ M. BACIGALUPO (*La nueva tutela cautelar...*, cit., p. 166) admite excepções à regra da proibição de antecipar irreversivelmente o conteúdo da decisão definitiva, quando tal antecipação se mostre, de acordo com o artigo 24.º, n.º 1, da CE, como única forma de garantir uma tutela jurisdiccional efectiva.

⁽⁸³⁵⁾ Sobre a admissibilidade de condenações de pagamento antecipado da Administração a favor dos seus credores, vd. O. HERRAIZ SERRANO, «El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro *batallar* por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del *référé-provision*», RAP, 147, 1998, pp. 141 ss. (e tb. publ. in: REDA, 102, 1999, pp. 265 ss.).

actividade material administrativa, que, segundo a *Exposición de Motivos* da LJCA, constitui uma actuação que carece da «necessária cobertura jurídica e lesa direitos e interesses legítimos de qualquer tipo», dado que o que se pretende por regra é evitar que a Administração actue ou, em outras situações, que actue sobre a situação existente, enquanto se desenrola um processo principal, poder-se-á lançar mão tanto da tutela cautelar de conteúdo conservatório como da tutela cautelar de conteúdo inovador, ou seja de medidas cautelares positivas ⁽⁸³⁶⁾.

1.2.2.2. No que concerne aos pressupostos de que depende o decretamento da tutela cautelar, a LJCA estabelece dois grupos de condições, um que funciona como condições comuns de procedência da tutela cautelar e outro que constitui um conjunto de pressupostos especiais. Assim, estando em causa o pedido de suspensão da eficácia de actos ou normas administrativas, o decretamento da providência depende do perigo de frustração da finalidade do recurso e da ponderação de todos os interesses em conflito (interesse público e privados, incluindo interesses de terceiros). Nos termos do artigo 130.º, a medida cautelar solicitada pelo requerente será decretada unicamente quando a execução do acto ou a aplicação da norma possa fazer perder a finalidade legítima ao recurso. E, nos termos do n.º 2, a medida poderá negar-se quando da sua decretação resultar uma perturbação grave dos interesses gerais ou de terceiros, interesses que o juiz cautelar deve ponderar caso a caso (ou de forma circunstanciada). Neste contexto, cumpre notar que o legislador parece ter afastado a condição do *fumus boni iuris* do decretamento da tutela cautelar perante actos e normas administrativas ⁽⁸³⁷⁾.

Já no que respeita ao conjunto especial de pressupostos de decretamento da tutela cautelar, cumpre notar que o legislador veio prever expressamente o *fumus boni iuris* como condição de procedência. Assim, quanto aos critérios de procedência da tutela cautelar perante as sentenças a proferir em recursos contra a omissão administrativa juridicamente relevante e perante a actividade material da Administração, eles são diferentes dos previstos no artigo 130.º da LJCA. Com efeito, nos termos do artigo 136.º da LJCA, o decretamento da

⁽⁸³⁶⁾ Sobre este assunto, vd. M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar...*, cit., pp. 174 a 175; V. GIMENO SENDRA, «El nuevo sistema...», cit., pp. 2249 ss.; C. CHINCHILLA MARÍN, «Medidas cautelares...», cit., pp. 863 ss.; IDEM, «La tutela cautelar...», cit., pp. 587 ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, cit., pp. 2277 ss.; IDEM, *El derecho a la tutela jurisdiccional...*, cit., pp. 369 ss.

⁽⁸³⁷⁾ A propósito desta questão, vd. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, cit., p. 628; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, cit., pp. 2045 a 2047; M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar...*, cit., pp. 148 ss.; C. CHINCHILLA MARÍN, «Medidas cautelares...», cit., p. 891.

medida cautelar que se apresenta como meio instrumental de um recurso contra a omissão Administrativa e contra a sua actividade material («*via de hecho*») depende de uma ponderação de todos os interesses em conflito e do *fumus boni iuris*, sendo que a modalidade consagrada do pressuposto de *fumus boni iuris* corresponde à modalidade negativa, em termos que a medida cautelar será adoptada salvo quando se verifique com evidência que não se configuram as situações previstas de omissão e *via de facto*. Segundo GARCÍA DE ENTERRÍA, este critério concretiza uma modalidade do *fumus*: *fumus non mali iuris* ⁽⁸³⁸⁾.

2. As urgências de matriz francesa e o modelo francês

Deslumbrada, muitas vezes, com o (eventual) maravilhoso efeito suspensivo automático produzido pela propositura da acção impugnatória alemã, nos termos do § 80.1 da VwGO, e pela atipicidade das decisões provisórias, mormente pelas de conteúdo regulador e antecipatório, consagradas no § 123 da VwGO, a doutrina nem sempre foi reconhecendo os méritos do modelo de tutela jurisdicional de urgência francês. E, assim, foi propondo o afastamento definitivo de princípios clássicos do contencioso francês e foi advogando a introdução na lei processual administrativa de soluções que pudessem autorizar o juiz administrativo a dirigir intimações ou *injonctions* à Administração, quer a título principal quer sobretudo a título provisório. Com efeito, sendo o processo de suspensão da eficácia de actos administrativos ainda um processo cautelar de carácter excepcional, estando o *référé-conservatoire* limitado por três princípios e padecendo o modelo de falta de sistematização, fácil é perceber o sentido da descrença da doutrina no modelo de justiça administrativo urgente francês. E assim é, tanto mais quanto se foi percebendo o desencontro entre o ritmo dos tribunais e os ritmos da realidade e tanto mais quanto se foi percebendo o desajustamento entre a lei processual administrativa e o direito processual administrativo europeu ⁽⁸³⁹⁾.

⁽⁸³⁸⁾ E. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, cit., p. 628. Por seu lado, J. GONZÁLEZ PÉREZ (*Comentarios...*, cit., p. 2101) fala em presunção a favor da adopção da tutela cautelar.

⁽⁸³⁹⁾ Afirmações que resultam da leitura de M. TOURDIAS, «Référé administratif et constat d'urgence», JCP (I), 1961, pp. 1628 ss.; G. BRAIBANT, «La procedura d'urgenza («référé») dinanzi alla giurisdizione amministrativa francese», RtDP (n.º 2), 1961, pp. 285 a 295; COURBE-COURTEMANCHE, «El *référé administratif* en el derecho francés», RAP (37-39), 1962, pp. 335 ss.; Y. GAUBEMET, «Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif», rfd, 1988, pp. 420 ss.; A. V. DE OLIVEIRA E SILVA, «A suspensão da execução das decisões administrativas em França», RevDP (ano II, n.º 4), 1988, pp. 89 ss.; P.-L. FRIER, «Un inconnu: le vrai *référé administratif*», AJDA, 1980, p. 76; G VEDEL/P. DEVOLVÉ, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, 1991, Paris, pp. 228 ss.; S. TSIKLITIRAS, «Le statut constitutionnel...»,

Neste contexto, cumpre notar que, não obstante as sucessivas reformas que foram sendo introduzidas na década de noventa do século passado, incluindo em 1988 para introdução do *référé provision*, em 1992 para acolhimento do *référé précontractuel*, de acordo com a directiva recursos, relativa aos sectores gerais, em 1993 para configuração do *référé précontractuel*, de acordo com a directiva recursos concernente aos sectores excluídos, e depois, em 1995, para consagração do regime especial de suspensão provisória da execução de actos administrativos, as insuficiências do modelo mantiveram-se e foram-se revelando com mais intensidade na transição de século XX para o XXI, tendo sido proposta uma reforma mais profunda e sistematizadora do modelo. Na verdade, foi-se tornando claro que as qualidades seculares da jurisprudência dos tribunais franceses, durante muito tempo qualificada como «serena, capaz de ditar a solução para um litígio, de forma equilibrada», deixara de realizar a tutela efectiva de quem recorria aos tribunais administrativos, uma vez que a urgência se tinha transformado em extrema urgência e, por isso, os tribunais administrativos estavam cada vez mais longe dos ritmos de vida dos cidadãos e das empresas⁽⁸⁴⁰⁾. E uma reforma seria inevitável. A solução ideal passaria pela introdução de um único processo de urgência, como propôs A. LYONCAEN — um só processo de urgência que deveria seguir o *standard* previsto no direito processual administrativo europeu⁽⁸⁴¹⁾ (2.1.).

Essa reforma veio a acontecer em 2000. Contudo, as alterações introduzidas incidiram apenas sobre uma parte do modelo de urgência, *id est*, sobre um tipo de *référé de urgência* que constitui o instrumento privilegiado de tutela de *situações-de-urgência* e dos litígios de menor complexidade, cujo regime está previsto no Livro V do CodeJA⁽⁸⁴²⁾. Tal figura abrange o *référé-*

cit., esp. pp. 714 ss.; C. HUGLO, *Le pratique des référés administratifs*, Paris, 1993, esp. pp. 75 ss.; J.-F. GIPULON, «Las medidas cautelares en la justicia administrativa francesa», DA (n.º 239), 1994, pp. 143 ss.; B. PETER, «Spécificités au regard du droit français des procédures d'urgence en droit allemand», RDP, 1994, pp. 185 ss.; J.-M. WOEHLING, «La reforme du contentieux administratif vue des tribunaux administratif de première instance», DPA (4), 1995, pp. 843 ss.; J.-P. MARKUS, «Sursis à exécution...», cit., pp. 251 ss.; D. CHAUVAUX, «Réforme du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel», AJDA, 1997, p. 692; J. CHEVALLIER, «L'évolution du droit administratif...», cit., esp. pp. 1807 a 1809; J.-P. NÉGRIN, «Chronique de l'une ordonnance de suspension provisoire annoncée», rfd, 14 (4), 1998, pp. 755 ss.; P. MOUZOURAKI, *L'efficacité des décisions...*, cit., pp. 451 ss.

⁽⁸⁴⁰⁾ Vd. J.-M. DUBOIS-VERDIER, «Le procedure d'urgenza nel processo amministrativo francese», Amm., 1999, 1, p. 97.

⁽⁸⁴¹⁾ *Apud* J.-M. DUBOIS-VERDIER, «Le procedure d'urgenza...», cit., p. 97.

⁽⁸⁴²⁾ Neste sentido, vd. C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 487 ss.; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 10.^a ed., Paris, 2002, pp. 1232 ss.

-*suspension*, o *référé liberté* (ou «*référé sauvegarde*») e o *référé conservatoire*. É certo que o CodeJA integra outros processos de *référé*, que não dependem de uma situação de urgência *tout court*, tal como se verifica nos processos destinados a obter uma medida de instrução probatória de certa factualidade ou de verificação ou constatação de factos, bem como se verifica no *référé-provision*. Para além disso, cumpre relembrar que o Título V do Livro V do CodeJA contém um regime dos múltiplos *référés* especiais, sendo que alguns deles decidem a questão de fundo, tal como, por exemplo, o *référé précontractuel*, o *référé fiscal*, o *référé* em matéria de audiovisual. Finalmente, cumpre evidenciar que está ainda em vigor um rol quase infinito de regimes especiais de suspensão: tal como o regime de *suspension sur déféré préfectoral* e o da suspensão em matéria do urbanismo e de protecção da natureza e ambiente. Em suma, apesar de o regime dos processos de *référé* ter sido revisto recentemente pela Lei n.º 2000-597, de 30 de Junho de 2000, continua a vigorar um conjunto de processos especiais de tramitação rápida, que decidem o fundo da causa, e processos provisórios de *référé* de urgência comuns, juntamente com outros especiais⁽⁸⁴³⁾. A reforma introduziu importantes alterações apenas no regime dos processos de *référé* de urgência comuns, mas não solucionou todos os problemas de sistematização⁽⁸⁴⁴⁾ (2.2.).

2.1. O modelo francês de tutela de situações de urgência apresentou sempre uma enorme variedade. Claro está que, de entre os vários mecanismos de urgência normalmente enunciados, só alguns deles correspondem às figuras que, de acordo com a terminologia jurídica latina, se designam de tutela cautelar. Na verdade, muitos dos *référés* especiais não podem fazer-se corresponder a tal figura, porque são processos que desembocam na prolação urgente de uma decisão de mérito. E estes processos estão num ponto de «ruptura»⁽⁸⁴⁵⁾ com o conceito clássico de *référé*, traduzindo, pois, uma aceitação generalizada da «justiça sumária, em vez da justiça produzida de forma demorada por tribunais colegiais, em processos que seguem a tramitação normal»⁽⁸⁴⁶⁾. Assim acontece com o *référé précontractuel*⁽⁸⁴⁷⁾. É exactamente

⁽⁸⁴³⁾ A este propósito, vd. a nossa *Introdução...*, cit., pp. 240 ss. Remetemos para a bibliografia nesse lugar citada, incluindo, fundamentalmente, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit.

⁽⁸⁴⁴⁾ Neste sentido, vd. D. LABETOUILLE, «La genèse de la loi du 30 juin 2000...», cit., p. 16.

⁽⁸⁴⁵⁾ Neste sentido, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., p. 1207.

⁽⁸⁴⁶⁾ Neste sentido, vd. C. GABOLDE, *Procédure des tribunaux administratifs...*, cit., p. 272.

⁽⁸⁴⁷⁾ Sobre este processo, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., pp. 1207 a 1240; C. GABOLDE, *Procédure des tribunaux administratifs...*, cit., pp. 285 a 288. Sobre a aplicação deste processo urgente antes da reforma de 2000, vd. C. CHANTEPY, «L'encadrement du référé précontractuel», rfd, 11 (6), 1995, pp. 1077 ss.

esta variedade que também suscita a simpatia da doutrina por tal modelo de tutela jurisdicional de urgência. É certo que tal modelo padece de especificidades, que decorrem sobretudo da forma radical como o direito administrativo e o princípio da separação de poderes sempre foram compreendidos em França⁽⁸⁴⁸⁾. Além disso, neste modelo existe a figura de *référé*, sendo que este foi sendo adaptado paulatinamente pela jurisprudência às novas realidades. Na verdade, as limitações de que o *référé* foi padecendo não se compreendem senão no contexto de dois princípios que enquadram o contencioso de tutela jurisdicional principal e que visam sobretudo proteger a autonomia e a independência da função administrativa, reforçando a integridade e a separação entre as funções jurisdicional e administrativa⁽⁸⁴⁹⁾. São eles o princípio que proíbe, como regra (mas admitindo exceções pontuais), o tribunal administrativo de dirigir *injonctions* à Administração⁽⁸⁵⁰⁾ e o princípio que proíbe o juiz da causa principal de se substituir ao Administrador⁽⁸⁵¹⁾. No que respeita ao primeiro, cumpre referir que a doutrina foi afirmando «quase por tradição»⁽⁸⁵²⁾ que o juiz administrativo estaria proibido de dirigir ordens à

⁽⁸⁴⁸⁾ Neste sentido, O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse...*, cit., p. 359.

⁽⁸⁴⁹⁾ As citações de monografias, que faremos nas próximas notas, dizem respeito a textos cujas edições são anteriores à reforma introduzida em 2000. E assim, cumpre ver, para mais desenvolvimentos, D. CHABANOL, *Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel annoté et commenté*, 4.^a ed., Paris, 1995, pp. 205 a 230; B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 5.^a ed., Paris, 1999, pp. 287 a 309; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 8.^a ed., 1999, pp. 1204 a 1207; G. PEISER, *Contentieux administratif*, Paris, 1997, pp. 102 a 104 e esp. pp. 191 a 194; C. GABOLDE, *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, 6.^a ed., Paris, 1997, pp. 267 ss. e 276 a 286; C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 7.^a ed., Paris, 1999, pp. 151 ss., esp. pp. 700 a 704.

⁽⁸⁵⁰⁾ Este princípio está presente em expressões utilizadas pela Jurisprudência. Por exemplo, na década de '70 menciona-se que «*il n'entre pas dans les pouvoirs du juge administratif d'adresser des injonctions à une autorité administrative*». Na década de '80, é referido que «*le juge administratif n'a pas qualité pour adresser des injonctions à l'administration ou à un organisme privé associé par le législateur à l'exécution d'un service public administratif*». Sobre esta jurisprudência, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., pp. 855 a 858.

⁽⁸⁵¹⁾ Sobre este assunto, vd. J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970, *passim*, pp. 290 a 291; IDEM, «L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur», *AJDA*, 1972, pp. 67 ss.; D. CHABANOL, *Code des tribunaux administratifs...*, cit., pp. 72 a 82; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., pp. 841 ss. e pp. 866 a 875; G. PEISER, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 102 a 104 e esp. pp. 191 a 194; C. GABOLDE, *Procédure des tribunaux administratifs...*, cit., pp. 267 ss.; C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 151 ss., esp. pp. 700 a 704.

⁽⁸⁵²⁾ Princípio confirmado pela Jurisprudência. Por exemplo, vd. decisão do *Conseil d'État*, em 28 de Fevereiro de 1996, publ. in: *rfd*, 1996, pp. 397 ss. A este propósito, vd. F. MODERNE, «Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif», *rfd*, 1996, p. 43.

Administração, sendo, pois, impossível determiná-la a adoptar certo comportamento, como a intimação da Administração para admitir um aluno num estabelecimento de ensino ou para reintegrar um funcionário demitido. É certo que este princípio foi admitindo derrogações. Uma que resulta das *injonctions d'instruction* à Administração e outra, por exemplo, que, desde 1992, resultou das disposições que vieram prever o *référé précontractuel*, nos termos das quais o juiz da urgência passou a ter o poder para intimar uma entidade pública adjudicante para, nos seus procedimentos concursais respeitar as normas e os princípios relativos à contratação pública, mormente os princípios da publicidade e de concorrência, devendo para o efeito intimar a entidade adjudicante para reexame da situação jurídica e para revisão (reforma) das decisões (ou omissões) relativas aos seus procedimentos contratuais. E um «espectacular» desvio a este princípio surgiu com a Lei de 8 de Fevereiro de 1995, a qual, «virando uma página na história do contencioso administrativo», veio possibilitar ao juiz de mérito ordenar «*injonctions en vu de l'exécution de la chose jugée*» (853). Pelo segundo princípio, que decorre da separação entre as funções jurisdicional e a administrativa, tem-se tradicionalmente entendido que o juiz deve evitar comportar-se como administrador, estando-lhe interdito proporcionar aquilo que compete à Administração realizar (854). A doutrina tem vindo a considerar que a recusa jurisprudencial em admitir tais poderes de injunção e de substituição tem fundamento no princípio da separação de poderes, sendo certo que se justifica pela intenção de evitar, como referia LAFERRIÈRE, que o juiz administrativo «saia da sua função jurisdicional» e leve a cabo uma acção administrativa («*entreprenne sur l'administration active*» (855)), usurpando os domínios que lhe são alheios.

É, pois, neste contexto que se compreende os limites que, ao longo dos tempos, foram sendo reconhecidos ao *référé*. E cumpre ainda notar que, a estes

(853) Sobre este aspecto, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., pp. 770 a 778; R. DEBBASCH, «Le juge administratif et l'injonction: la fin d'un tabou», JCP, I-3924, 1996; J. GOURDOU, «Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte. Premières applications de la loi du 8 février 1995», rfd, 1996, p. 333; F. MODERNE, «Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif», rfd, 1996, pp. 43 ss.; Y. GAUDEMET, «Le juge administratif, futur administrateur?», in: *Le juge administratif à l'aube du XXI siècle*, Presses Universitaires Grenoble, 1995, pp. 179 ss.; C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 700 a 704, esp. pp. 526 a 530.

(854) Embora se pudesse considerar que existia já uma certa modificação da decisão emitida pela entidade administrativa, quando o juiz procedia à anulação parcial de uma decisão administrativa, ou quando procedia à anulação «en tant que». Neste sentido, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., pp. 869 e 870.

(855) Citamos, pois, E. LAFERRIÈRE; *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Vol. II, 2.^a ed., Berger-Levrault, 1898, p. 569, apud J. CHEVALLIER, «L'interdiction...», cit., p. 70.

princípios principais de matriz condicionadora, acrescem outros princípios limitadores próprios do *référé* ⁽⁸⁵⁶⁾. E, assim, há um primeiro que proíbe que o juiz destes processos tenha mais poderes que o juiz da causa principal — o que, por força desse princípio, o impedirá de dirigir *injonctions* à Administração, de obstar à execução de decisões administrativas e de se substituir à Administração, relativamente a comportamentos que lhe competem a ela mesma levar a efeito ⁽⁸⁵⁷⁾. O segundo princípio impede que o juiz do *référé* tome medidas que não sejam provisórias. E, assim, para além de serem desprovidas de autoridade de caso julgado, tal tipo de medidas proferidas em *référé* são provisórias perante a decisão da causa principal ⁽⁸⁵⁸⁾. Por conseguinte, o juiz do *référé* não pode decidir sobre a questão de fundo e deve manter a relação litigiosa existente entre as partes intacta e sem que seja antecipadamente julgada, podendo emitir sobretudo medidas de matriz conservatória ou preparatória, em relação àquele que é o objecto da causa principal ⁽⁸⁵⁹⁾.

Como temos vindo a afirmar, o sistema tradicional francês de justiça administrativa apresentou uma multiplicidade de processos rápidos e simplificados, cuja natureza jurídica ainda não foi objecto de estudo sistematizado pela doutrina ⁽⁸⁶⁰⁾. Antes da reforma acontecer, o Código TA/CAA previa processos urgentes em sentido restrito (*procédures d'urgence* comuns ou *référé* em sentido estrito ⁽⁸⁶¹⁾), sendo que alguns dos processos poderiam ser caracterizados pela acessoriedade e as suas decisões caracterizavam-se pela *instrumentalidade* (ainda que este conceito deva entender-se de modo mais ténue, quando comparado com o mesmo conceito latino) e pela *provisoriedade*. Eles correspondiam ao *sursis à l'exécution*, ao *constat d'urgence* ⁽⁸⁶²⁾, cuja natu-

⁽⁸⁵⁶⁾ Neste sentido, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., pp. 1176 a 1178.

⁽⁸⁵⁷⁾ Neste sentido, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., p. 1176.

⁽⁸⁵⁸⁾ Neste sentido, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., p. 1177.

⁽⁸⁵⁹⁾ Por regra, estes são os poderes do juiz do *référé* comum ou ordinário. Todavia, como veremos, o legislador tipificou *référés* especiais, no âmbito dos quais estes princípios são afastados e é introduzida a possibilidade de decisão antecipada da causa, permitindo que o «juge du référé» se transforme em «juge du principal». Sobre este tema, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., pp. 1207 ss.

⁽⁸⁶⁰⁾ Na verdade, há o estudo de O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., *passim*) e há vários artigos sobre o tema, de entre os quais se destaca o de J.-M. DUBOIS-VERDIER, «Le procedure d'urgence...», cit., pp. 85 ss.

⁽⁸⁶¹⁾ Sobre o conceito de «procédures d'urgence» e sobre a disposição «anárquica» («*anarchique*») dos processos rápidos previstos na lei processual administrativa antes da reforma de 2000, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., pp. 1165 a 1168; G. PEISER, *Contentieux administratif...*, pp. 124 a 133; C. GABOLDE, *Procédure des tribunaux administratifs...*, cit., pp. 267 a 288; C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 403 a 430; O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., esp. pp. 304 ss.

⁽⁸⁶²⁾ A este propósito, vd. M. FROMONT, «La protection provisoire...», cit., pp. 315 e 316.

reza era «excepcional» ⁽⁸⁶³⁾, e ao *référé conservatoire*. O processo de *sursis à l'exécution* constituía um processo cautelar acessório ao recurso de anulação de actos administrativos, pelo qual se requeria a suspensão da eficácia do acto impugnado, na ausência (que era, e continua a ser, a regra) de efeito suspensivo automático do meio impugnatório ⁽⁸⁶⁴⁾. E o *référé conservatoire* servia para obter medidas destinadas a assegurar o direito das partes no processo principal e a garantir o efeito útil das sentenças de mérito. Este processo, que seguia a forma de *référé*, isto é, era um processo de tramitação simplificada e acelerada, tinha, de facto, uma natureza acessória e instrumental perante o processo principal e terminava com uma decisão provisória. E, nos termos do artigo R. 130 do Código TA/CAA ⁽⁸⁶⁵⁾, que consagrava a atipicidade destas medidas conservatórias ou preparatórias, o juiz *du référé conservatoire* podia decretar qualquer medida de urgência que fosse adequada a salvaguardar a efectividade do processo principal, com a excepção de medidas de instrução e de medidas de antecipação de uma provisão, já que, para estes casos, existia um processo de urgência específico, a saber: o *référé-instrucion* e o *référé-provision*. Na verdade, de entre estes três tipos de *référés*, só o *référé conservatoire* estaria verdadeiramente «condicionado pela existência de uma situação de urgência» ⁽⁸⁶⁶⁾.

Através do *référé conservatoire*, o juiz administrativo de urgência, que era e é, por regra, o presidente do tribunal administrativo, ou o presidente do tribunal de 2.^a Instância, podia, a pedido do requerente, ordenar todas as medidas úteis e adequadas para assegurar o objecto da relação litigiosa. De facto, sendo este o desiderato do *référé conservatoire*, garantir a efectividade da sentença final, fácil é compreender que o *référé conservatoire* ou *préventif* tinha carácter instrumental perante a efectividade do processo principal e poderia reconduzir-se às providências cautelares dos sistemas latinos ⁽⁸⁶⁷⁾. O *référé conservatoire* era decretado pelo juiz sempre que a urgência no decretamento da medida solicitada fosse demonstrada, sendo que o juiz da urgência estava

⁽⁸⁶³⁾ Neste sentido, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 305.

⁽⁸⁶⁴⁾ A este propósito, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 205 ss., pp. 237 ss., esp. pp. 297 a 304; P. MOUZOURAKI, *L'efficacité de décisions...*, cit., esp. pp. 19 ss.

⁽⁸⁶⁵⁾ É o seguinte o conteúdo do artigo R. 130 do CTA: «*En cas d'urgence, le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel ou le magistrat que l'un d'eux délègue, peut, sur simple requête qui, devant le tribunal administratif, sera recevable même en l'absence d'une décision administrative préalable, ordonner toutes mesures utiles sans faire préjudice au principal et sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative*».

⁽⁸⁶⁶⁾ Neste sentido, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 305; J.-M. DUBOIS-VERDIER, «*Le procedure d'urgence...*», cit., p. 87.

⁽⁸⁶⁷⁾ Por todos, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 306 ss.

limitado nos seus poderes de conformação do conteúdo da medida a decretar. Assim, não podendo adoptar uma medida que traduzisse a antecipação da decisão de fundo ou que constituísse obstáculo à execução de uma decisão administrativa, o juiz da urgência decretava fundamentalmente medidas conservatórias e preparatórias.

Vejamos melhor os contornos da anterior lei processual administrativa francesa (Código dos TA/CAA), no que concerne às condições de procedência do *référé conservatoire* e aos poderes do juiz do *référé*, para percebermos melhor as alterações introduzidas com a reforma de 2000. No que respeita ao ponto primeiro, cumpre notar que a lei consagrava duas condições positivas e duas negativas de procedência das medidas conservatórias ⁽⁸⁶⁸⁾. A primeira condição positiva era, claro está, a urgência, sendo que este conceito esteve longe de ser uniformemente entendido pela doutrina e esteve igualmente longe de aplicação uniforme pela jurisprudência. Pelo contrário, este conceito foi sendo valorado subjectiva e casuisticamente ⁽⁸⁶⁹⁾. Como escreveu DUGRIP, tal noção era fundamentalmente subjectiva, contingente e relativa, tendo sido interpretada neste contexto fundamentalmente num perfil funcional ⁽⁸⁷⁰⁾. De qualquer modo, e sem prejuízo do que se disse, considerou-se existir urgência sempre que o «comportamento litigioso fosse de natureza a criar uma situação prejudicial que dificilmente viesse a ser reversível», pondo em causa o efeito útil da sentença que viesse a ser proferida num processo principal, ou, simplesmente, quando existisse ameaça de dano de difícil reparação ⁽⁸⁷¹⁾. Considerou-se também que a urgência poderia ser aferida pela necessidade de manter ou restabelecer o funcionamento normal de um serviço público ou a execução normal de obras públicas. Como se apontou, cumpre notar que o conceito de *l'urgence* foi valorado pela doutrina e pela jurisprudência a partir de um perfil funcional, admitindo que esta «[decorreria] da necessidade de salvaguardar os direitos e interesses que [pudessem sofrer] o risco de se perder, enquanto para eles se[aguardaria] uma decisão de mérito» ⁽⁸⁷²⁾. O segundo requisito positivo respeitava à utilidade da medida requerida. Essa utilidade foi sendo compreendida em dois sentidos. Por um lado, a utilidade da medida era examinada em função da situação a proteger, o que implicaria que as medidas fossem adequadas em face da «actual ou eventual» relação litigiosa. Seria em

⁽⁸⁶⁸⁾ Sobre este assunto, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 313 a 317.

⁽⁸⁶⁹⁾ Sobre este assunto, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 256 ss.

⁽⁸⁷⁰⁾ Neste sentido, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 308 ss.

⁽⁸⁷¹⁾ Sobre este assunto, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., pp. 1186 e 1187; C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 404.

⁽⁸⁷²⁾ Neste sentido, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 312 e 323 a 327; C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 404.

função da relação principal que se aferia a adequação e a utilidade das medidas solicitadas para proteger o seu objecto litigioso ⁽⁸⁷³⁾, sendo que a utilidade pressupunha, pois, a salvaguarda do direito das partes, até final do processo principal, e a proximidade ao conteúdo da eventual solução para a relação litigiosa. Por outro lado, a utilidade era compreendida a partir de um perfil que atenderia à necessidade, sendo que se considerava que faltaria tal pressuposto se a Administração pudesse ela mesma, pelos seus próprios meios, realizar a medida requerida ⁽⁸⁷⁴⁾.

O primeiro requisito de natureza negativa, respeitava ao conteúdo da medida e ao limite imposto pelo princípio de carácter «executório do acto administrativo». Neste contexto, o juiz do *référé conservatoire* estava interdito de suspender a execução de um acto ou de ordenar uma medida conservatória que produzisse o mesmo efeito, isto é, estava proibido de decretar medidas que obstassem à execução de uma decisão administrativa ⁽⁸⁷⁵⁾. E, por causa deste impedimento, o juiz do *référé* jamais poderia transformar-se em juiz da *sursis à exécution*. Assim, e de acordo com a jurisprudência que foi sendo emitida ao abrigo da legislação que antecedeu a reforma de 2000, o juiz estaria inibido de reintegrar provisoriamente, num serviço, um funcionário que dele tivesse sido afastado pelo seu superior, bem como de anular provisoriamente os efeitos de uma nomeação, ou suspender uma ordem de internamento num hospital psiquiátrico. Em suma, de acordo com este entendimento, o juiz do *référé* não podia paralisar a Administração, nem constranger as suas prerrogativas tradicionais ⁽⁸⁷⁶⁾. Claro está que ainda antes da reforma de 2000, a jurisprudência foi *ampliando* o círculo das decisões administrativas cuja execução poderia ir sendo posta em causa por medidas conservatórias.

Finalmente, o quarto pressuposto, ou segunda condição negativa, respeitava a um princípio, o princípio da proibição «*de faire préjudice au principal*», que já não integra hoje a lei processual administrativa. Vejamos com mais

⁽⁸⁷³⁾ Neste sentido, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., pp. 1188 e 1189.

⁽⁸⁷⁴⁾ Neste sentido, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 314.

⁽⁸⁷⁵⁾ No que respeita a esta proibição, M. DRAGO («La procédure de référé devant le Conseil d'État», RDP, 1953, p. 297) entende que ela tem razão de ser, desde logo, pela proibição que é dirigida ao juiz do *référé* de decidir antecipadamente a questão de fundo. C. DEBBASCH/J.-C. RICCI (*Contentieux administratif...*, cit., p. 404) referem que o juiz do *référé* deve exercer a sua competência, procurando alcançar uma conciliação entre duas exigências contraditórias: «entre a necessidade de adoptar uma medida justificada pela urgência e a obrigação de não produzir à parte contrária um prejuízo grave, decorrente da antecipação da decisão de mérito».

⁽⁸⁷⁶⁾ Neste sentido, P. FANACHI, «Référé», *Répertoire de droit public et administratif*, Dalloz, 1985, apud O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 363.

atenção em que é que ele se traduzia. Aquela expressão «arcaica» ⁽⁸⁷⁷⁾, que foi prevista na lei do processo civil e importada para o Código TA/CAA, foi, aliás, objecto de muita polémica doutrinal e foi sendo a razão pela qual os tribunais administrativos se foram revelando incapazes de proporcionar medidas de urgência de natureza antecipatória ⁽⁸⁷⁸⁾. Este pressuposto de procedência da medida de *référé*, traduzido no dever de o juiz não decidir a questão de fundo, uma vez que ele estaria interdito de pré-julgar a causa principal («*l'interdiction de préjudicier au principal*»), foi suscitando duas considerações à doutrina. Assim, tendo por orientação uma leitura civilista, o princípio da proibição de antecipação da causa principal, era interpretado no contexto do tipo de medidas que o juiz de *référé* poderia decretar. A outra leitura dizia respeito à intensidade do exame que o juiz da urgência estaria autorizado a realizar sobre o direito que deveria aplicar-se à questão jurídica a resolver na causa principal.

Assim, no primeiro sentido, cumpre notar que da interdição de o juiz decidir o mérito da causa («*l'interdiction de juger le fond du droit*») resultava a impossibilidade de emitir medidas de conteúdo positivo. E, assim, em algum caso e por qualquer modo, o juiz podia atingir, pela sua decisão, a questão de fundo ou de mérito, cuja decisão dependeria do juiz do processo principal, uma vez que apenas poderia decretar medidas conservatórias ou preparatórias ⁽⁸⁷⁹⁾. Segundo este entendimento, ao *juge du référé* era apenas legítimo ordenar medidas cujo conteúdo visasse proteger a situação jurídica subjacente à questão litigiosa («*protéger le fond du droit*» ⁽⁸⁸⁰⁾), em termos que tal questão litigiosa deveria permanecer por julgar, isto é, intacta. Na verdade, em abstracto, o princípio não poderia ter outra compreensão, já que ao decretar medidas conservatórias e preparatórias, o objecto da causa principal ficaria sempre intacto ⁽⁸⁸¹⁾. Contudo, esta posição apresentava-se mais complicada na prática, uma vez que o juiz administrativo foi ampliando o rol de medidas a emitir, tendo considerado legítimo decretar medidas que pudessem antecipar de modo provisório o julgamento da questão litigiosa. Claro está que esta nova orientação iria contra a posição tradicional da ciência do direito processual, uma

⁽⁸⁷⁷⁾ Neste sentido, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, cit., p. 1189.

⁽⁸⁷⁸⁾ Sobre este assunto, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 344 a 354; Y. GAUDEMET, «Les procédures d'urgence...», cit., pp. 429 a 431; G. VEDEL/P. DELVOLVÉ, *Le système français...*, cit., pp. 228 ss.

⁽⁸⁷⁹⁾ A este propósito, vd. R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 154 ss., esp. pp. 161 a 166.

⁽⁸⁸⁰⁾ Neste sentido, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 343.

⁽⁸⁸¹⁾ Neste sentido, J.-C. PIEDBOIS («Procédures d'urgence. Répertoire de contentieux administratif», in: *Encyclopédie Dalloz*), apud O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 344.

vez que a pretensão jurídica das partes e o conflito subjacente à questão litigiosa principal deveria sempre escapar ao julgamento do juiz do *référé* e, por isso, não poderia existir antecipação da satisfação dessas pretensões⁽⁸⁸²⁾. Na verdade, este princípio universal da tutela cautelar ou tutela de urgência em sentido restrito foi respeitado durante muito mais tempo e com muito mais lealdade pelo juiz administrativo do que pela jurisprudência dos tribunais judiciais. Durante muito tempo, o juiz do *référé* foi fiel ao dogma que lhe proibia antecipar os efeitos da sentença, em termos que não seria possível anular uma decisão administrativa, intimar um particular para comportamento ou condenar a Administração a realizar uma prestação, quando estas fossem as pretensões deduzidas no processo principal. Segundo esta compreensão, o juiz do *référé* não podia nem satisfazer nem rejeitar a pretensão de fundo, uma vez que tal caberia ao juiz da causa principal⁽⁸⁸³⁾. Contudo, a jurisprudência sofreu também a influência do juiz da urgência dos tribunais judiciais e a influência de outros sistemas de urgência vizinhos, incluindo a jurisprudência da *Cour* de Estrasburgo e a do Tribunal de Luxemburgo. E, assim, mesmo antes da reforma introduzida em 2000, o juiz da urgência já vinha interpretando o princípio com maior flexibilidade. E, de acordo com esta nova perspectiva, o juiz foi emitindo medidas de conteúdo antecipatório, procedendo a um pré-julgamento da questão jurídica subjacente ao litígio principal e realizando um juízo antecipado sobre o direito de ambas as partes. Em qualquer caso, a característica da provisoriedade da decisão proferida em *référé* pressupunha que a antecipação produzisse efeitos provisórios, isto é, efeitos reversíveis pelo juiz da causa principal⁽⁸⁸⁴⁾.

Na verdade, como apontámos já, este princípio também era entendido de acordo com o perfil do exame a realizar pelo juiz da urgência sobre a posição substantiva das partes na causa principal. Com efeito, o princípio da proibição da antecipação, traduzido na «*interdiction de préjuger le fond du droit*», tinha também este sentido de obstar a que o juiz do *référé* formulasse um juízo antecipado sobre a questão litigiosa existente entre as partes e sobre o modo como o direito deveria ser aplicado a essa questão⁽⁸⁸⁵⁾. Assim, o *juge*

(882) Neste sentido, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, cit., p. 1190; C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 404.

(883) A este propósito, vd. P.-L. FRIER, «Un inconnu: le vrai référé administratif...», cit., pp. 68 a 71; R. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, cit., p. 1190; DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 404; O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 344 a 354; Y. GAUDEMET, «Les procédures d'urgence...», cit., pp. 429 a 431.

(884) Em síntese, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 349; B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 315 e 316.

(885) Sobre este entendimento, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 354 a 358.

du référé não poderia proceder a um exame de conclusãncia completo, isto é, não poderia proceder à antecipação do julgamento da causa, devendo alhear-se desse exame e do direito a aplicar à causa principal, uma vez que isso cumpriria ao *juge au principal*. O juiz provisório não poderia, pois, tomar medidas que demonstrassem qual seria o seu entendimento sobre o mérito das pretensões das partes e sobre o modo como o juiz da causa principal poderia vir a julgar a causa. Contudo, também quanto a este aspecto, a jurisprudência administrativa foi sofrendo o impacto que advinha da própria jurisprudência dos tribunais judiciais e, assim, pouco a pouco, o juiz da urgência foi-se sentindo legitimado a julgar provisoriamente a questão de mérito, realizando um exame de conclusãncia quase completo (*«juger provisoirement celui-ci»* ⁽⁸⁸⁶⁾). Assim, foi-se entendendo que ajuizar provisoriamente a questão de fundo deveria permitir avaliar, em termos antecipados, qual das partes teria probabilidade de vir a obter sucesso na causa principal, sendo que, ainda assim, tal conceito pressuporia que esta apreciação deveria deixar o direito das partes por julgar, deixando a questão litigiosa aberta, ou «não comprometida» ou «não esgotada». Por outras palavras, o juízo considerar-se-ia provisório se fosse susceptível de posterior revisão pelo juiz da causa principal. Foi neste sentido que andou o juiz administrativo quando procedia à análise de «*l'absence de contestation sérieuse*» sobre a questão de fundo, a propósito da expulsão de ocupantes de bens de domínio público, quando estes não apresentavam, seriamente, possuir um título legítimo de ocupação. O conceito de *contestation sérieuse*, ainda que insusceptível de definição abstracta, foi permitindo, pois, a apreciação sumária e antecipada das posições das partes ⁽⁸⁸⁷⁾. É verdade que o enfraquecimento do dogma da proibição da antecipação da solução para a causa, que resultava da procedência da medida de *référé* pela ausência de *contestation sérieuse*, surgiu sem dúvida para beneficiar a posição da Administração ⁽⁸⁸⁸⁾. Claro está que, mais recentemente, a antecipação do exame da causa principal, em termos que o juiz do *référé* pudesse antever qual das partes teria mais probabilidades de vir a ganhar na causa principal, foi sendo proposta pela doutrina ⁽⁸⁸⁹⁾. Enfim, daqui resultou, pois, que em data próxima à entrada em vigor da reforma de 2000, era claro o esbatimento do dogma da proibição da antecipação da causa ⁽⁸⁹⁰⁾.

⁽⁸⁸⁶⁾ Vd. J. SEIGNOLLE, «De l'évolution de la juridiction des référés: l'évolution des pouvoirs du juge des référés», JCP (I), 1954, p. 1205.

⁽⁸⁸⁷⁾ Neste sentido, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 354 e 355; B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 316.

⁽⁸⁸⁸⁾ Neste sentido, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 357.

⁽⁸⁸⁹⁾ Neste sentido, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, cit., pp. 1191 e 1192.

⁽⁸⁹⁰⁾ Sobre este assunto, vd. R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 164 ss.

2.1.1. No que respeita ao conteúdo das medidas de *référé*, devemos reconhecer que ela foi sendo muito reduzida. Na verdade, por causa dos limites fixados ao poder do juiz do *référé* já referidos, e devido aos pressupostos negativos de procedência das medidas provisórias, devemos reconhecer que a tutela provisória foi pouco «ousada»⁽⁸⁹¹⁾, quando dirigida contra a Administração. Na verdade, quando accionados contra os particulares, os processos de *référé* desembocavam amiúde em ordens provisórias *de fazer e não fazer* («*injonctions provisoires de faire ou de ne pas faire*») ⁽⁸⁹²⁾. Estas ordens provisórias vinham a materializar-se, por exemplo, nas imposições dirigidas a um empreiteiro de uma obra pública para que não executasse certo trabalho, ou certa obra, de forma a evitar danos que poderiam recair sobre terceiros. E também foram sendo emitidas ordens aos co-contratantes da Administração para que continuassem a assegurar a prestação de um serviço ou a construção de um trabalho público. E o mais curioso é que a execução destas ordens foi sendo garantida pela possibilidade de se fazerem acompanhar de uma «*astreinte*» ou pela possibilidade de a execução se realizar por «*force publique*». Cumpre notar, contudo, que já no que diz respeito ao *référé* dirigido contra a Administração, os poderes de intimação provisória foram muito pouco usados e «ousados». Neste sentido, foi acontecendo o «*référé-communication*», constituindo uma excepção ao princípio da proibição de dirigir «*injonctions*» à Administração, em nome da urgência. A jurisprudência foi negando as medidas que se traduziam em impedir ou paralisar a execução administrativa e a que se traduzia numa injunção para comportamento à Administração ⁽⁸⁹³⁾.

Esta intimação provisória viria a ser claramente aceite em 1988, quando o legislador introduziu o *référé-provison*, sendo que se mantém ainda em vigor, uma vez que a reforma de 2000 apenas lhe introduziu poucas alterações — e isto porque este processo não tem a urgência *tout court* como um dos seus pressupostos, ao contrário dos demais processos que sofreram a verdadeira alteração ⁽⁸⁹⁴⁾. Antes da reforma de 2000, esta modalidade de *référé* permitia aos credores da Administração requerer a antecipação do pagamento do cré-

⁽⁸⁹¹⁾ Esta expressão é frequentemente utilizada por R. CHAPUS (*Droit du contentieux...*, cit., pp. 1191 e 1201) e por B. PACTEAU (*Contentieux administratif...*, cit., pp. 316 e 324), a propósito das potencialidades do *référé* tradicional.

⁽⁸⁹²⁾ Neste sentido, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 349; R. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, cit., pp. 1182 e 1183.

⁽⁸⁹³⁾ Para mais desenvolvimentos, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., pp. 359 ss.; B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 316.

⁽⁸⁹⁴⁾ O anterior artigo R. 129 do CTA/CAA prescreve que o juiz do *référé* pode acordar uma provisão ao credor que, junto do juiz principal, interpôs uma acção principal, desde que a existência da obrigação não seja seriamente questionável («*sérieusement contestable*»).

dito pecuniário que lhes fosse devido, desde que o montante exacto desse crédito fosse (ou pudesse vir a ser) determinado ⁽⁸⁹⁵⁾.

Como já dissemos, e no que se refere às condições de aceitação de pagamento antecipado de uma quantia pecuniária, o legislador estabelecia três condições. Em primeiro lugar, teria de existir uma petição dirigida ao juiz, no sentido de o credor manifestar a sua pretensão antecipatória, uma vez que o juiz não poderia oficiosamente abonar a quantia em dívida. Depois, em segundo lugar, o requerente deveria accionar, forçosamente, um processo principal, pois, o exercício deste direito dependeria de um «*litige actuel*», submetido à apreciação do juiz de fundo sobre a questão relativa à existência e valor da dívida. Com efeito, este processo principal deveria ter como fim condenar o devedor (Administração) no pagamento de uma quantia pecuniária, qualquer que fosse a natureza da dívida reclamada, e qualquer que fosse a fonte da obrigação, surgisse ela a título de reparação por perdas e danos ou não. Finalmente, a terceira condição, esta de apreciação subjectiva, fazia depender a antecipação da provisão da demonstração da existência dessa obrigação, reconhecida por um fundamento ou meio sério («*moyen sérieux*»). Por outras palavras, o legislador fazia depender a decretação do *référé-provision* da não contestação ou oposição séria à existência da obrigação ou desde que esta não fosse seriamente duvidosa ou questionável («*sérieusement contestable*»). E tanto quanto se sabe este requisito não foi sendo afastado com a mera oposição do devedor, bem pelo contrário, o facto seria inteiramente outro, sendo que se foi exigindo que essa oposição fosse séria («*contestation sérieuse*») ⁽⁸⁹⁶⁾.

Enfim, alguma doutrina defendia, pois, que o *référé-provision* do processo administrativo, em comparação com o já previsto em 1973, no Código de processo civil, seria muito mais «embaraçado». Aliás, de acordo com alguma doutrina, não faria sentido que este mecanismo funcionasse de forma tão apertada no modelo administrativo, pois, se a provisão permitia já antecipar a solução para causa, quando a obrigação não fosse seriamente contestada ou duvidosa, faria todo o sentido que o requerente ficasse dispensado de propor uma acção principal. Aliás, se o juiz do *référé* podia antecipar a provisão no correspondente à totalidade da soma em dívida, então, com mais facilidade se compreenderia que a acção principal pudesse ficar desprovida de objecto e, por isso, com mais facilidade ainda se aceitaria que a própria lei viesse dispensar a propositura da acção principal. Advogava-se, pois, a auto-

⁽⁸⁹⁵⁾ Sobre este tema, vd., especialmente, B. STIRN, «Frais irrépétibles et référé-provision devant le juge administratif», rfd a 4 (5), 1988, pp. 787 ss.; R. VIARGUES, «Le référé-provision devant le juge administratif: bilan de la prière année», rfd a 6 (3), 1990, pp. 345 ss.

⁽⁸⁹⁶⁾ Neste sentido, B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 318.

nomia processual do *référé-provision* ⁽⁸⁹⁷⁾, pois, só assim este processo poderia vir a ser mais ousado («plus aisé» ⁽⁸⁹⁸⁾). Contrariamente, o *Conseil d'État* foi-se manifestando em sentido oposto à autonomização do *référé-provision*. É certo que o «*succeso*» que o *référé-provision* dos tribunais judiciais ostentava conseguiu convencer o legislador de 2000 ⁽⁸⁹⁹⁾.

2.1.2. Enfim, em contas simples, pode dizer-se que a insuficiência do modelo de tutela provisória e as dificuldades do juiz da urgência para ordenar eficazmente intimações à Administração ficaram a dever-se «aos princípios de direito público» que limitaram os poderes do juiz do *référé* e o impediram de interpretar de modo mais flexível os textos legais. Princípios, como o do carácter executório do acto administrativo, consagrado pelo *Conseil d'État* como «regra fundamental do direito público», foram estando na origem da consideração do *sursis à exécution* como «graça» e como «processo de natureza excepcional» e como processo que envolve discricionariedade no momento da concessão. E, do mesmo modo, o princípio que proíbe os tribunais de dirigirem *injonctions* à Administração legitimaram a «timidez» ⁽⁹⁰⁰⁾ dos *référés* administrativos. Neste contexto, cumpre notar que o legislador foi introduzindo melhorias pontuais nas disposições legais que disciplinavam os processos de urgência, tendo introduzido, em 1995, o processo de suspensão provisória da eficácia do acto administrativo na pendência do processo de *sursis à exécution*, nos termos do qual o juiz, solicitado em processo contraditório, ficaria autorizado a emitir, por decisão provisória, a suspensão da eficácia do acto impugnado, e em relação ao qual já tivera sido requerida a sua suspensão da execução (através do processo de *sursis à exécution*), sendo que tal suspensão provisória estaria sujeita a um termo, devendo extinguir-se decorridos três meses. Assim, podendo requerer-se a suspensão provisória da eficácia de um acto por um prazo máximo de três meses, o deferimento do pedido dependeria da demonstração de que a imediata execução do acto causaria consequências irreversíveis e obrigaria a que a petição do requerente revelasse seriedade («moyen

⁽⁸⁹⁷⁾ Para outras considerações, vd. R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 163 e 164.

⁽⁸⁹⁸⁾ Expressão de R. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, cit., p. 1202.

⁽⁸⁹⁹⁾ A este propósito, vd. R. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, cit., p. 1202; B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 317 e 318; R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 163 e 164.

⁽⁹⁰⁰⁾ Expressão de B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 324. A propósito das limitações, vd. J.-L. PISSALOUX, «Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures du référé administratif (1^{re} Partie)», DA-EJC (Octobre), 2001, pp. 4 ss.

sérieux») (901). Ainda assim, os particulares e as empresas, insatisfeitos com o juiz administrativo, começaram a voltar-se para o juiz dos tribunais judiciais. E, ironicamente, julgando-se competente e procedendo a interpretação livremente abusiva das condições de *voie de fait*, o juiz dos tribunais judiciais não se foi acanhando no momento de dirigir intimações à Administração Pública, desprezando e negligenciando o princípio da separação de poderes.

É no contexto de um «balanço globalmente negativo do sistema de justiça administrativa francesa (902) que vem a lume o projecto de reforma, sendo que em sede de discussão pública do projecto foram propostas diversas alterações, uma mais radicais e outras de matriz mais civilista. De um modo ou de outro, havia um paradoxo a resolver, a saber: em que termos se deveria abdicar de uma jurisprudência «serena», que tem em conta o interesse geral e o princípio da legalidade, e, em vez disso, deveria introduzir-se uma justiça mais conforme com os interesses temporalmente acelerados dos cidadãos e das empresas. E foi formulada uma pergunta comum: como manter um equilíbrio entre as prerrogativas da Administração Pública e a tutela da legalidade e a defesa subjectiva e antecipada dos cidadãos, tanto mais quanto os ritmos da economia e os ritmos da comunidade vinham a exigir uma nova atitude por parte do juiz administrativo.

Na verdade, não introduzindo na lei mecanismos que permitissem concretizar na lei processual administrativa o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, o legislador francês corria o risco de manter o sistema objectivo de tutela da legalidade e o sistema da decisão jurisdicional serena e ponderada de interesses, beneficiando as prerrogativas da Administração em detrimento do direito ao processo efectivo e temporalmente justo dos cidadãos e corria o risco de continuar a deixar *fugir* os particulares para a jurisdição comum, pedindo-lhe socorro — acto que antigamente era considerado como destruidor do princípio da separação de poderes (!). Foi neste contexto que surgiu o projecto de reforma sobre as *procédures d'urgence* (903). De acordo

(901) A este propósito, vd. J. GOURDOU, «La nouvelle procédure de suspension provisoire des actes administratifs susceptibles de sursis à exécution», rfd, 12 (5), 1996, pp. 991 ss.; M.-A. LATOURNERIE, «Les choix du législateur de 1995 en matière de sursis à exécution des décisions administratives», rfd, 12 (1), 1996, pp. 31 ss.

(902) Sobre este tema, vd. J.-M. DUBOIS-VERDIER, «Le procedure d'urgenza...», cit., p. 95. Sobre este assunto, vd. P. MOUZOURAKI, *L'efficacité des décisions...*, cit., esp. pp. 451 ss.

(903) Sobre a reforma, fundamentalmente, vd. O. DUGRIP, «Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives: la réforme des procédures d'urgence», JCP (51-52), 1999, pp. 2281 a 2283; J.-P. MUSSO, «L'administration face à la justice de l'urgence», AJDA (n.º esp.), 1999, pp. 77 ss.; D. LABETOULLE, «Le projet de réforme des procédures

com a Exposição de Motivos do referido projecto de lei, pretendia-se positi-
var *référés administratifs* mais eficazes, através da ampliação dos poderes do
juiz do *référé* e da simplificação do seu processo, sendo que da incidência da
reforma deveriam estar excluídos os processos de *référé* não relacionados
com a *situation-de-urgence*, em sentido estrito. Enfim, a ampliação de pode-
res do *juge de référé* deveria traduzir-se na aquisição de poderes de suspen-
são e de injunção, sendo certo que a «suspensão da execução do acto admi-
nistrativo» deveria fazer-se de acordo com novas condições de procedência. E,
no quadro dos artigos L. 22 e L. 23, o juiz do *référé précontractuel* deveria
poder, por exemplo, ordenar o diferimento da assinatura do contrato por um
período de tempo ou até ao fim do processo urgente. E esta seria uma forma
de colmatar uma falha da lei anterior, através da qual as partes conseguiam con-
cretizar uma fraude à lei, nos termos da qual aceleravam a assinatura do con-
trato para subtrair ao juiz do *référé précontractuel* o julgamento relativo às inva-
lidades do procedimento adjudicatório⁽⁹⁰⁴⁾. E o projecto veio instituir um *référé
liberté* ou «*référé sauvegarde*»⁽⁹⁰⁵⁾, pelo qual o juiz deveria poder ordenar todas
as providências (ordens de fazer e não fazer) para assegurar ou proteger uma
liberdade fundamental. No que se refere concretamente ao *référé conserva-
toire*, na altura ainda previsto no artigo R. 130, o projecto veio suprimir a
expressão que interditava o juiz de antecipar a solução para a causa principal
(«*faire préjudice au principal*»), apesar de manter na lei a proibição de obs-
tar à execução de uma decisão administrativa («*faire obstacle à l'exécution
d'aucune décision administrative*») (906).

d'urgence devant le juge administratif», AJDA (n.º esp.), 1999, pp. 79 ss.; R. VANDERMEE-
REN, «La réforme des procédures d'urgence devant de juge administratif», AJDA, 2000,
pp. 706 ss.; B. PACTEAU, «Vu de l'intérieur: loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire»,
rfd, 16 (5), 2000, pp. 959 ss.; R. DENOIX DE SAINT MARC, «La réforme de procédures d'ur-
gence: le nouveau référé administratif. 1. Rapport du group de travail du Conseil d'État sur
les procédures d'urgence», rfd, 16 (5), 2000, pp. 941 ss.; L. TOUVET, «2. Première applications
des nouvelles procédures de référés», rfd, 17 (2), 2001, pp. 378 ss.; M. FOULETIER, «La
réforme de procédures d'urgence: le nouveau référé administratif. 3. La loi du juin 2000
relative au référé devant les juridictions administratives», rfd, 16 (5), 2000, pp. 963 ss.;
AAVV, *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la
loi du 30 juin 2000*, Sous la direction de P. WACHSMANN, *Annales de la Faculté de droit de
Strasbourg*, Presses Universitaires de Strasbourg, n.º 5, 2002.

⁽⁹⁰⁴⁾ Sobre este assunto, para uma síntese, vd. F. LLORENS, «Le référé précontractuel
entre continuité et changement», in: *Le nouveau juge administratif...*, cit., pp. 27 ss. E sobre
este assunto em particular, vd. a decisão CE, 28.02.1997, in: rfd, 13 (2), 1997, pp. 421 ss.

⁽⁹⁰⁵⁾ Assim denominado por R. CHAPUS (*Droit du contentieux administratif...*, cit.,
p. 1169). Para mais considerações sobre o conteúdo do projecto, vd., *ob. cit.*, pp. 1166 a 1169.

⁽⁹⁰⁶⁾ Para outras considerações, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 324.

2.2. E eis que chegamos ao sistema de *référé* comum de urgência renovado⁽⁹⁰⁷⁾. Como se apontou nas considerações introdutórias, ao longo dos tempos, as medidas de urgência proferidas em *référé* no domínio do contencioso administrativo padeceram sempre de maiores limitações do que aquelas que foram sendo proferidas em *référé*, no domínio dos tribunais judiciais. E, não obstante, tanto num domínio como no outro elas respondem ao mesmo desiderato, que é concretizar uma harmonização entre a duração do processo e a efectividade das sentenças, uma vez que visam assegurar (e realizar) provisoriamente os interesses e os direitos das partes. Se assim é, contudo, como mencionámos, as decisões provisórias proferidas em *référé* sofreram no contencioso administrativo de limitações decorrentes de princípios estruturantes do contencioso administrativo e, em especial, do contencioso administrativo, a saber, o «privilège du préalable» e a obrigatoriedade de as medidas provisórias não obstarem à imediata execução de um acto ou à prossecução do interesse público. E, por isso, durante tanto tempo, as decisões proferidas em *référé* estiveram desacreditadas, não obstante a sua importância e a sua necessidade. A demora crescente dos processos, a prática restritiva do processo da suspensão da eficácia das decisões administrativas e a ausência de poderes «d'injonction» justificaram, pois, a reforma.

Neste sentido, cumpre notar que a reforma recente operada em 2000 visou introduzir fundamentalmente melhoramentos de sistematização nos processos de *référé* ditos comuns de urgência, sendo que, em simultâneo, procurou tanto ampliar os poderes de urgência do juiz de *référé*, pela consagração de novos processos de urgência, como introduzir aceleração e simplificação procedimental na tramitação dos processos de *référé*. De resto, porque a reforma não incidiu sobre uma série de processos específicos de *référé*, cumpre notar que o objectivo, há tanto tempo ambicionado, de introduzir uma profunda sistematização, que fosse alargada a todos os processos especiais de urgência, ficou, pois, por concretizar⁽⁹⁰⁸⁾. De qualquer modo, cumpre evidenciar o

⁽⁹⁰⁷⁾ Sobre este assunto, vd. C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8.^a ed., Paris, 2001, p. 487; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 10.^a ed., Paris, 2002, pp. 1232 ss.; X. MATHARAN/CH. SERRON, *Les procédures d'urgence devant le juge administratif*, La lettre du cadre territorial, 2001; D. CHABANOL, *Code de justice administrative*, Paris, 2001; P. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6.^a ed., 2002; H. LE BERRE, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2002. Cumpre, pois, notar que algumas das monografias que, há pouco, citámos com edição anterior à reforma são, a partir de agora, citadas tendo em conta a edição posterior à reforma introduzida em 2000.

⁽⁹⁰⁸⁾ Neste sentido, D. LABETOULLE, «La genèse de la loi du 30 juin 2000», in: *Le nouveau juge administratif des référés...*, cit., p. 16; J.-L. PISSALOUX, «La réforme du référé administratif. Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures du référé administratif (2^{ème} Partie)», DA-EJC (Novembre), 2001, pp. 8 ss.; R. DENOIX DE SAINT MARC, «Les procédures d'ur-

Livro V do CodeJA, no âmbito do qual o legislador veio integrar os regimes avulsos relativos aos processos especiais que visam as situações de urgência, *maxime*, os processos específicos de suspensão da execução de decisões administrativas proferidas por entidades públicas determinadas, incluindo os que incidem sobre os actos emitidos pelas entidades públicas descentralizadas e que foram objecto de impugnação pelo *Préfet*, ou os processos de suspensão da execução cujo objecto corresponde a decisões emitidas em matérias particulares, tais como a saúde, o desporto, o domínio urbanístico e ambiental (2.2.1).

Enfim, é sobre uma nova página da história do contencioso administrativo de urgência francês que cumpre falar, de agora em diante. Na verdade, a pressão desencadeada pela doutrina e pelos práticos e a influência do Direito Comunitário, que já tinha sido, aliás, determinante na reforma introduzida em 1992 e em 1993 no domínio específico da tutela de urgência pré-contratual, estiveram na origem das alterações introduzidas pela Lei n.º 2000/597, de 30 de Junho de 2000 (909). Os discursos da «cultura da urgência», adoptados de um modo geral pelos franceses, incluindo a classe política, mais sensível aos interesses da economia e das empresas (910), fez nascer um novo contencioso administrativo, onde o conceito de «urgência» ocupa um lugar central («la clé» (911)). Se um dia ficou provado que a lentidão seria «quase originária» (912) do contencioso administrativo e que a demora excessiva dos processos «quase se [confundiria] com a sua própria história» (913), com a reforma procurou-se sobretudo operar uma verdadeira «revolução cultural» (914).

É por isso mesmo que se começa agora a questionar em que termos se deve interpretar a nova lei, mormente quando se faz apelo à orientação jurisprudencial antiga do *Conseil d'État* para aplicar os novos conceitos indeterminados inseridos no texto da lei. E assim, há doutrina que já se inquieta com a invocação da *jurisprudência Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame à Versailles* quanto à aplicação das condições de procedência dos pro-

gence: premier bilan», AJDA, 2002, pp. 1 ss.; S. DEYGAS, «La loi sur les référés administratifs. Une réforme attendue et redoutée», DA-EJC (Juin), 1999, pp. 3 ss.

(909) Sobre este assunto, vd. B. PACTEAU, «Vers une protection juridictionnelle commune en Europe (?) — France», REDP (Vol. 9, n.º 3), 1997, pp. 715 ss.; C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 487.

(910) A este propósito, vd. D. LABETOULLE, «La genèse de la loi du 30 juin 2000...», cit., pp. 17 ss.

(911) Expressão de R. DENOIX DE SAINT MARC, «Les procédures d'urgence: premier bilan», AJDA, 2002, p. 1.

(912) Neste sentido, M. GROS, «Le juge administratif, la procédure et le temps», RDP, 6, 1999, p. 1707.

(913) Neste sentido, O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 9.

(914) Neste sentido, vd. C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 487.

cessos de «référé» comuns, mormente do *référé-suspension*, *référé-liberté* e *référé conservatoire*. E assim é porque, estando prevista na lei a expressão «pode» («peut»), receia-se que através deste vocábulo seja ressuscitada a natureza meramente facultativa, excepcional e discricionária da tutela cautelar. Com efeito, esta tendência, que foi adoptada no caso *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame à Versailles* ⁽⁹¹⁵⁾ e que atesta o «caractère exceptionnel» ⁽⁹¹⁶⁾ da suspensão da eficácia da execução dos actos administrativos, parece ter sido mantida em algumas decisões proferidas ao abrigo do novo regime constante do CodeJA. E, assim, receia-se que o juiz descubra na nova lei a existência de um poder discricionário ou «poder de exercer com liberdade certas faculdades» ⁽⁹¹⁷⁾, tal como a de apreciar livremente as condições de decretação da suspensão da execução do acto ou da emissão de uma decisão provisória (incluindo a emissão de provisão antecipada), ou tal como a de determinar o conteúdo e tipo de medidas a decretar no contexto do *référé-liberté*, ou no quadro do *référé précontractuel* e no *référé conservatoire* ⁽⁹¹⁸⁾ (2.2.2).

Finalmente, cumpre evidenciar o aspecto da reforma relacionado com a simplificação processual e a aceleração da tramitação do processo de *référé*. A este propósito, cumpre destacar a simplificação de formalidades referentes à introdução da demanda (mormente, no que se refere aos processos de *référé* de urgência em sentido restrito, em relação aos quais há dispensa do pagamento de uma taxa ou selo («Timbre»), nos termos do artigo L. 522-2), à introdução do mecanismo de «triagem», previsto actualmente no artigo L. 552-3, à simplificação e aceleração do procedimento instrutório, uma vez que o contraditório pode realizar-se tanto por escrito como oralmente, sendo que as partes são notificadas para audiência por qualquer meio que se mostre oportuno (incluindo as modernas vias de comunicação) e principalmente porque se impõe uma tramitação agilizada em função da urgência do caso, podendo o contraditório sofrer uma diminuição significativa (mormente nos termos dos artigos R. 522-4 e R. 522-7, onde apenas se exige a notificação da entidade demandada para contestar em período determinado e a sua notificação para audiência). E esta

⁽⁹¹⁵⁾ Com efeito, foi em 1976 que o *Conseil d'État* estabeleceu que «même lorsque les conditions (...) sont remplies, il appartient au juge d'apprécier (...) s'il y a lieu d'ordonner le sursis». Como se explicou no texto, apesar da reforma, o Tribunal continua a exigir esta ponderação de interesses públicos e privados, atribuindo ao juiz um poder livre de decretação do *référé-suspension*. A este propósito, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 321 e 322; R. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, cit., pp. 1278 ss.

⁽⁹¹⁶⁾ Expressão de B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 322.

⁽⁹¹⁷⁾ Sobres este assunto, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 322.

⁽⁹¹⁸⁾ A este propósito, vd. R. VANDERMEEREN, «Le référé-suspension», *rfd*, 2002, pp. 256 ss.

possibilidade de diminuição do contraditório é aceite uma vez que se entende que as garantias previstas no artigo 6.º, § 1, da CEDH, em matéria de contraditório, não se aplicam aos processos de *référé* ⁽⁹¹⁹⁾. A simplificação e a aceleração são igualmente características da notificação da decisão proferida em *référé* e do processo de execução da decisão ⁽⁹²⁰⁾ (2.2.3.).

2.2.1. Cumpre descrever o modelo francês de tutela de urgência. Ora, ele assenta fundamentalmente no mecanismo de *référé*, estando o seu regime previsto no Livro V do CodeJA: o Título I contém regras gerais sobre a decisão proferida em *référé*, caracterizando-a como decisão provisória e urgente, e sobre a identificação do juiz de *référé*. Nos termos do artigo L. 511.1, o *juge des référés* tem como missão decretar medidas com carácter de urgência e que se caracterizam pela provisoriedade, tanto mais que ele não pode julgar a questão a título de mérito («*ne peut statuer sur le principal*»), devendo abster-se de realizar um exame sobre o fundo da questão ⁽⁹²¹⁾. Actualmente são os presidentes dos Tribunais Administrativos e das *Cours Administratives d'Appel*, ou os magistrados por eles designados, que exercem a função de juiz de *référé*. E no *Conseil d'État*, essa função cumpre ao presidente da secção do contencioso ou aos *Conseillers d'État*, por este designados para o efeito. De qualquer modo, esta função, apesar de ser talhada para um juiz singular (*juge unique*), pode ser exercida por um colégio de juízes.

O Título II consagra uma disciplina unitária sobre os processos de *référé* de urgência comuns, *référé-suspension*, *référé liberté* (ou «*référé sauvegarde*») e o *référé conservatoire*, sendo que, no capítulo 1.º, o legislador faz referência aos poderes do juiz, no capítulo 2.º descreve a tramitação do processo de urgência comum e, finalmente, no 3.º, estabelece as normas respeitantes ao recurso jurisdicional ⁽⁹²²⁾. O Título III do Livro V do CodeJA dispõe sobre os processos de *référé* destinados a obter uma medida de instrução ou a constatação de factos

⁽⁹¹⁹⁾ Com efeito, o *Conseil d'État* esclareceu no caso *Syndicat de avocats de France* (CE de 5 de Abril de 1995) o seguinte: «toutes les procédures de référé pouvaient, sans atteinte au caractère contradictoire de la procédure, être menées sans que les mémoires en défense doivent être communiqués au demandeur, l'ensemble de ces procédures, de caractères provisoire, échappant au domaine d'application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales». E confirmou a mesma ideia na decisão CE de 20.03.2000, relativa ao caso *Département des Hauts-de-seine*, tendo mencionado que «la tenue d'une audience n'est pas obligatoire» (*apud* D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., pp. 463).

⁽⁹²⁰⁾ A este propósito, vd. D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., pp. 427 ss.

⁽⁹²¹⁾ Nos termos do artigo L. 511.1, «*Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais.*».

⁽⁹²²⁾ Sobre este assunto, vd. D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., p. 407.

(ainda que os mesmos não pressupõem a *situation-de-urgence tout court*) ⁽⁹²³⁾. O Título IV do Livro V do CodeJA refere-se ao *référé-provision* ⁽⁹²⁴⁾.

E, finalmente, o título V contém o regime dos múltiplos processos especiais de *référé*, como, por exemplo, no capítulo 1.º, onde estão previstos os preceitos que se aplicam ao *référé* em matéria de contratação pública: o *référé pré-contractuel*, sendo que o artigo L. 551.1 contém o regime para o contencioso relativo aos denominados sectores gerais e o artigo L. 551-2 prescreve a disciplina relativa ao contencioso pré-contratual concernente aos sectores tradicionalmente excluídos, da energia, água, transportes e telecomunicações) ⁽⁹²⁵⁾. No capítulo 2.º do Título V do Livro V do CodeJA está consagrado o regime do *référé fiscale* ⁽⁹²⁶⁾. E no capítulo 3.º, está prevista a disciplina do *référé* em matéria de comunicação audiovisual ⁽⁹²⁷⁾. Finalmente no capítulo 4.º do Título V do Livro V do CodeJA estão consagrados *os mil e um regimes* de suspensão: da eficácia de actos administrativos, sendo que o legislador prevê regimes específicos de suspensão da eficácia em função do tipo de matérias sobre que incidem a decisão administrativa a impugnar ou em função da entidade administrativa que praticou o acto impugnado ⁽⁹²⁸⁾. No que respeita a

⁽⁹²³⁾ Sobre este assunto, vd. D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., pp. 443 ss.

⁽⁹²⁴⁾ Sobre este assunto, vd. D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., pp. 461 ss.

⁽⁹²⁵⁾ Cumpre dizer a propósito do *référé précontractuel* que este processo urgente em que o juiz é investido de poderes de plena jurisdição, foi introduzido em 1992 (pela Lei de 4 de Janeiro) e resultou da transposição da Directiva recursos (n.º 89/665/CEE), tendo o mesmo operado uma pequena revolução no contencioso administrativo. E assim foi porque veio permitir aos interessados em contratar com a Administração a possibilidade de demandarem o juiz da urgência com vista a obterem a anulação das decisões procedimentais ilegais ou com vista a obterem a intimação da entidade adjudicante para suprimir as cláusulas ou disposições a constar do contrato com fundamento na violação do regime legal a aplicar, designadamente, por estar em causa o desrespeito pelas regras de publicidade e concorrência. Neste contexto, o juiz tem, pois, uma panóplia alargada de poderes, sendo que os mesmos passam pela suspensão do procedimento contratual e pela possibilidade de dirigir injunções às entidades em causa no sentido de estas conformarem a sua actuação com o ordenamento jurídico francês e comunitário, devendo, sendo possível, pois, a intimação da entidade adjudicante para a correcção de ilegalidades das disposições constantes dos documentos do concurso, bem como a intimação para reexame e reapreciação da decisão, em termos que esta fica sujeita ao dever de emitir novo acto com conteúdo distinto do impugnado pelo requerente. Em 1993, com a lei de 29 de Janeiro, foi introduzido o *référé précontractuel* de modo a harmonizar o contencioso francês com a Directiva recursos para os sectores excluídos, a Directiva n.º 92/13/CEE. Sobre este assunto, vd. D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., pp. 469 ss.; S. LAGUMINA/E. PHILIPPE, «Le référé précontractuel. Bilan et perspectives», AJDA, 2000, pp. 283 ss.; B. POUJADE, «Le référé précontractuel», rfd, 2002, pp. 279 ss.

⁽⁹²⁶⁾ Neste sentido, D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., pp. 481 ss.

⁽⁹²⁷⁾ Neste sentido, D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., pp. 483 ss.

⁽⁹²⁸⁾ Assim, por exemplo, no que diz respeito a este aspecto cumpre verificar a secção 1.ª, onde está consagrado um regime da suspensão *sur déféré préfectoral*, constando do artigo L. 554-1,

matérias especiais, em relação às quais o legislador veio prever um regime especial de suspensão da eficácia de actos, cumpre dizer que o desiderato é facilitar o decretamento de tutela de urgência ⁽⁹²⁹⁾.

Pois bem, apesar de o regime dos processos de *référé* ter sido revisto recentemente pela Lei n.º 2000/597, de 30 de Junho de 2000, resulta do que

o qual veio incorporar o artigo L. 2131-6 do *Código Geral das Colectividades Territoriais*, nos termos do qual é possível obter a suspensão da eficácia do acto praticado pelos órgãos municipais (*communes*) no prazo de um mês, devendo para o efeito criar-se, durante a instrução, uma dúvida séria quanto à legalidade do acto impugnado pelo Representante do Estado («représentant de l'État»). Cumpre notar que, no que respeita à suspensão *sur déferé préfectoral*, relativa a actos dos municípios (*communes*) em matéria do urbanismo, contratos e concessão de serviços, tal regime especial está previsto no artigo L. 554-2, sendo que o mesmo acolheu a solução contida no artigo L. 2131-6 do mesmo Código, que permite que o pedido da suspensão da eficácia do acto, formulado pelo representante do Estado, produza a suspensão da eficácia do acto por um período de um mês a contar da notificação do requerimento, findo o qual o acto produz efeitos se o juiz ainda não proferiu decisão. No que respeita à suspensão *sur déferé préfectoral*, relativa a actos da autarquia (*communes*) em matéria de liberdades públicas, tal regime especial está previsto no artigo L. 554-3, sendo que o mesmo acolheu a solução contida nos *artigos L. 2131-6 alinéas 5 et 6, L. 3132-1 alinéas 6 et 7 et L. 4142-1 alinéas 5 et 7*, todos do mesmo Código. E assim, prevê o CodeJA que, logo que o acto de uma entidade local municipal (*commune*) impugnado seja de natureza a obstar ao exercício de uma liberdade pública ou liberdade individual, o juiz do *référé* pronuncia a suspensão do acto no prazo de quarenta e oito horas. Há ainda o regime especial de suspensão da eficácia de actos praticados pelas autoridades locais (*autorités communales*), em matéria de defesa nacional, que está previsto no artigo L. 554-4. E, enfim, há ainda outros regimes especiais de suspensão da eficácia relativamente a actuação jurídica (contratual e deliberativa), em matéria de saúde, levada a cabo pelos Estabelecimentos Públicos, sendo que tal regime está previsto, respectivamente, no artigo L. 554-5 e artigo L. 554-6 (que incorporam respectivamente o artigo L. 6145-6 e artigo L. 6143-4-1.º, *alinéa* 3, do Código de Saúde Pública. E há ainda outros regimes especiais, incluindo um regime de suspensão em matéria desportiva e o regime de suspensão das deliberações dos *Conseils d'Arrondissement de Paris, Marseille ou Lyon*, respectivamente nos termos do artigo L. 554-8 e artigo L. 554-9. Neste sentido, vd. D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., pp. 485 ss.

⁽⁹²⁹⁾ Com efeito, em matéria de urbanismo e ambiente, cumpre dizer que o artigo L. 554-10 permite, *ex vi* do artigo L. 421-9 *alinéa* 1 (*Código do Urbanismo*), requerer a suspensão do acto autorizativo de construção, a um conjunto de entidades de natureza pública, nos mesmos termos já referenciados a propósito do artigo L. 554-1, em que se permite o decretamento da suspensão no prazo de um mês, existindo uma dúvida séria sobre a legalidade do acto impugnado, e nos termos do artigo L. 554-2, segundo o qual se permite a suspensão da eficácia do acto, a partir da notificação do requerimento a solicitar a suspensão da eficácia do acto. Em caso de inexistência de Estudo de Impacto Ambiental, o CodeJA prevê no artigo L. 554-11 (*ex vi* artigo L. 122-2 do *Code de l'Environnement*) um regime especial relativo à suspensão da eficácia do acto autorizativo de projectos com impacto ambiental, que devam ser precedidos de estudo de impacto ambiental e cuja alegação seja no sentido de que tal estudo não foi realizado. Neste caso, o juiz de *référé* está autorizado a presumir que tal estudo não foi realizado («y fait droit des cette absence est constatée»). Neste sentido, vd. D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., pp. 492 a 493.

acabámos de descrever que o CodeJA continua a incluir um conjunto de processos rápidos, designados como *référé*, que decidem o fundo da causa, e processos rápidos que não desembocam em decisões de mérito, que também classificados como processos de *référé*, assemelhando-se à figura clássica. E, neste contexto, em relação aos que desembocam em decisões provisórias, há ainda que distinguir os *référés* de urgência comuns (que se distinguem de outros ordinários e outros especiais também provisórios⁽⁹³⁰⁾), estes são dominados pela necessidade de decidir rapidamente porque as suas decisões visam dar uma solução para uma *situação-de-urgência* por referência a uma situação litigiosa que deve ser apreciada pelo juiz de fundo. Estes são os processos de urgência comuns, ou *référés urgents*⁽⁹³¹⁾, que correspondem aos processos cautelares, de matriz latina, dada a provisoriedade das decisões que através deles são emitidas. Ora, foi exactamente neste tipo que a reforma veio introduzir importantes alterações.

2.2.2. Estes, os processos de *référé* de urgência comuns, constituem o «arsenal essencial do contencioso administrativo francês de hoje em dia»⁽⁹³²⁾. E, talvez, por isso mesmo, já se considerou que teria sido útil reforçar e ampliar a sistematização, uma vez que a reforma de 2000 não solucionou todos os problemas existentes neste domínio⁽⁹³³⁾. O *juge des référés* é um juiz que tem como missão decretar, com carácter de urgência, medidas fundamentalmente de natureza provisória (nos termos do artigo L. 511.1)⁽⁹³⁴⁾. E, como vimos, a provisoriedade decorre exactamente da incapacidade da medida para adquirir autoridade de caso julgado e decorre sobretudo do facto de o juiz do *référé* não poder julgar de modo definitivo o objecto da causa principal («*ne peut statuer sur le principal*»). As suas decisões têm como função assegurar com rapidez a utilidade dos processos principais e não «dire le droit» para o mérito da causa⁽⁹³⁵⁾. Entende-se, pois, que a condição jurídica das partes no processo deverá permanecer igual e o objecto do processo principal deverá per-

⁽⁹³⁰⁾ A este propósito, vd. a nossa *Introdução...*, cit., pp. 240 ss. (e bibliografia nesse lugar citada).

⁽⁹³¹⁾ Neste sentido, vd. C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 495.

⁽⁹³²⁾ Neste sentido, B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 337.

⁽⁹³³⁾ Neste sentido, D. LABETOULLE, «La genèse de la loi du 30 juin 2000...», cit., p. 16; C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 488.

⁽⁹³⁴⁾ Nos termos do artigo L. 511.1, «*Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais*».

⁽⁹³⁵⁾ A este propósito, vd. C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 490 e 491.

manecer íntegro. E este princípio é fundamentalmente importante para os processos de *référé* que ainda impõem a actualidade da propositura da acção principal, como acontece em matéria de suspensão da execução dos actos administrativos. Claro está que, tratando-se de processos em relação aos quais, a acção principal não surge como actual mas apenas como eventual, como acontece agora também, após a reforma, como o *référé provision*, a antecipação da questão de fundo é, de facto, uma realidade. Aliás, neste caso, a propositura da acção principal, tendente a apurar a existência e o valor da dívida em causa, pode mesmo dispensar-se de todo, bastando, para o efeito, que nem o particular que beneficiou da antecipação total do seu crédito manifeste esse interesse, nem a entidade pública condenada no pagamento antecipado da dívida sinta necessidade de propor essa acção, com vista a apurar a existência da dívida e do seu valor (nos termos do artigo R. 541-1 e artigo R. 541-4) ⁽⁹³⁶⁾. No sistema francês, actua como juiz de *référé* — e, portanto, como *juge unique* (como o juiz destas matérias, que estatui só) ⁽⁹³⁷⁾ — os presidentes dos Tribunais Administrativos e das *Cours Administratives d'Appel*, ou os magistrados por eles designados para o efeito (sendo que estes deverão preencher as condições previstas na lei, nomeadamente referentes à antiguidade ou ao grau de *premier conseiller*) e, no *Conseil d'État*, o presidente da secção do contencioso ou os *Conseillers d'État*, por aquele designados. A nova lei veio, portanto, estabelecer o fim da resolução colegial nestas matérias, ainda que procure assegurar que o juiz do *référé* seja um juiz experiente ⁽⁹³⁸⁾.

2.2.2.1. Após a entrada em vigor da Lei n.º 2000-597, de 30 de Junho de 2000, em Janeiro de 2001, passaram a integrar a lista de processos comuns de *référé* de urgência o *référé-suspension*, introduzido no artigo L. 521.1, o *référé liberté*, previsto no artigo L. 521.2, e o *référé conservatoire*, instituído antes no artigo R. 130 e agora no artigo L. 521.3. O *référé-suspension* veio ocupar o lugar do antigo *sursis à exécution*, mantendo, contudo, alguns traços do anterior regime daquele processo de suspensão da execução de um acto admi-

⁽⁹³⁶⁾ Prescreve o artigo R. 541-1 o seguinte: «*Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie*». E o artigo R. 541-4 prescreve o seguinte: «*Si le créancier n'a pas introduit de demande au fond dans les conditions de droit commun, la personne condamnée au paiement d'une provision peut saisir le juge du fond d'une requête tendant à la fixation définitive du montant de sa dette, dans un délai de deux mois à partir de la notification de la décision de provision rendue en première instance ou en appel*».

⁽⁹³⁷⁾ Neste sentido, vd. C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 493.

⁽⁹³⁸⁾ Neste sentido, vd. C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 493.

nistrativo, pelo que continua a possuir a natureza de processo acessório e instrumental perante o processo principal, no âmbito do qual se pretende obter a anulação daquele acto ou a sua reapreciação e revisão. Uma vez que tal recurso contencioso é desprovido de qualquer efeito suspensivo, o *référé-suspension*, opondo-se à execução da decisão impugnada, tem como finalidade proteger a efectividade da sentença principal que vier a ser proferida naquele recurso. Na verdade, o CodeJA mantém, no seu artigo L. 4, como regra, o princípio do efeito não suspensivo do recurso. Este princípio, «le principe de l'absence d'effet suspensif des recours», é, aliás, guardado «religiosamente»⁽⁹³⁹⁾ na legislação francesa desde 1806 — altura em que no artigo 3.º do Decreto de 22 de Julho de 1806, que regulava as questões contenciosas da competência do *Conseil d'État*, se estabelecera que «salvo determinação em contrário, o recurso não terá efeito suspensivo»: («Le recours (...) n'aura pas d'effet suspensif, s'il n'en est autrement ordonné»).

À partida, aos olhos da maioria da ciência administrativa tradicional, nada parecia obstar a esta boa prática: a prossecução do interesse geral não deveria ser paralisada sempre que um particular o desejasse, até porque tal vontade poderia ser meramente de cunho dilatatório. De acordo com tal lógica, a regra inversa à existente pareceria ser criadora de «desordem e perigos»⁽⁹⁴⁰⁾, pelo que este princípio deveria ser reservado para casos muitos especiais. E ainda de acordo com tal raciocínio, seria desejável que a suspensão provisória estivesse por regra nas *mãos do juiz*, em termos que dele dependesse a emissão de uma decisão que viesse acautelar a eficácia do recurso principal e, conseqüente, dele deveria depender a ponderação quanto a saber se, no caso concreto, é preferível que as finanças públicas suportem a despesa adicional decorrente do dever de indemnizar o particular por ser impossível executar uma sentença que lhe veio a ser favorável ou se é preferível suspender a execução do acto administrativo e garantir a eficácia à sentença que provavelmente será favorável ao particular⁽⁹⁴¹⁾. Cumpre, pois, saber se a afirmação feita um dia pelo *Conseil d'État* relativamente ao «caractère exécutoire» dos actos administrativos, enquanto «regra fundamental do direito público», continua vigente na actualidade e se tudo o que com este princípio embate continua a ser considerado excepção⁽⁹⁴²⁾.

É, pois, neste contexto que cumpre analisar o regime introduzido sobre o processo de *référé-suspension*. Este regime inova em muitos aspectos e vem consagrar um processo de *suspensão* da eficácia de actos mais audaz

⁽⁹³⁹⁾ Expressão de B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 307.

⁽⁹⁴⁰⁾ Expressão de B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 308.

⁽⁹⁴¹⁾ Sobre este assunto, B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 311; sobre este assunto, vd. P. MOUZOURAKI, *L'efficacité des décisions...*, cit., pp. 19 ss.

⁽⁹⁴²⁾ Neste sentido, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 308 e 309.

quando comparado com o «tímido» processo de *sursis à exécution*. E assim é não só porque vem entregar a gestão do processo a um juiz singular, mas também porque através dele é agora possível ordenar tanto a suspensão da execução de uma decisão administrativa (de conteúdo positivo), podendo a suspensão atingir a totalidade dos seus efeitos como apenas parte deles, como é possível ordenar a *suspension* de actos de conteúdo negativo, *rectius*, é possível obter a intimação da Administração para que reexamine a situação jurídica do particular e para que volte a estatuir, podendo assim a intimação traduzir-se na intimação para revisão e substituição do acto. E a possibilidade de ordenar a suspensão parcial dos efeitos de uma decisão administrativa poderá facilitar a ponderação de interesses públicos e individuais, permitir a combinação de interesses múltiplos e antagónicos e afastar as decisões do género «tudo ou nada» (943).

Efectivamente, o *référé* de suspensão da eficácia de actos incide também, agora, de forma expressa, sobre uma decisão administrativa de conteúdo negativo («*décision administrative, même de rejet*»). Desta forma, o legislador põe fim a um número significativo de decisões do *Conseil d'État*, iniciado em 1970, no caso *Amoros*, em que se considerava impossível decretar a suspensão de um acto de conteúdo negativo, sob pena de através desse tipo de suspensão se dirigir *injonctions* proibidas à Administração, violando-se com tal tipo de decisão o princípio da separação de poderes. Como já dissemos, esta jurisprudência já tinha sido posta em causa no caso *Ouatah*, em 2000, ainda antes da entrada em vigor do novo *référé-suspension* (944).

(943) Neste sentido, D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., p. 410.

(944) Na verdade, perante um pedido de suspensão da eficácia da decisão do *Consul général* da França na Tunísia, pela qual recusava a um tunisino a emissão de um visto de entrada no território francês, o Conselho de Estado, ainda dias antes da entrada em vigor da Lei de 30 de Junho de 2000 e, por conseguinte, ainda fora do contexto do novo «*référé-suspension*» — que agora expressamente inclui a possibilidade de suspensão de actos de conteúdo negativo (ou «*décisions de rejet*», artigo L. 521.1 do CodeJA — reconheceu que o *juge du sursis à exécution* poderia invocar antecipadamente os poderes de *injonction* que a Lei de 8 de Fevereiro de 1995 veio atribuir ao juiz da causa principal. Deste modo se esclareceu que da pronúncia do *sursis* podem derivar para a entidade requerida intimações, ordens e obrigações concretas de execução provisória e antecipada, designadamente, de reexaminar a demanda, num certo prazo determinado, por exemplo, ou de tomar todas as medidas úteis indicadas pelo juiz tendo em conta o objecto do litígio da causa principal. Enfim, se desde Fevereiro de 1995, o juiz administrativo podia, mesmo que em termos de mérito, dirigir *injonctions* à Administração, também a título provisório, no âmbito do processo acessório àquele, o deveria poder fazer. Como reconheceu o *Commissaire du gouvernement*, «afinal, quem podia o mais, podia o menos». Neste sentido, vd. F. LAMY, «Conclusions...», cit., pp. 371 ss. Para mais desenvolvimentos, quanto ao sentido destas conclusões, vd. P. CASSIA/A. BÉAL, «Les nouveaux pouvoirs...», cit., p. 981, nr. 3, e p. 987. E vd. tb. M. GUYOMAR/P. COLLIN, «Chronique général de jurisprudence administrative française», AJDA, 2, 2001, pp. 146 e 147;

Agora, não restam dúvidas de que a lei processual consagra expressamente este poder.

O CodeJA fixa duas novas condições de procedência da suspensão da execução do acto, que vêm, assim, afastar a condição do «prejuízo dificilmente reparável» e a do «moyen sérieux»⁽⁹⁴⁵⁾. Assim, actualmente, considera-se, por um lado, que a existência de uma situação de urgência será suficiente para justificar a suspensão, pelo que a invocação, por uma das partes, da eventual produção de consequências dificilmente reparáveis resultantes da execução do acto — que a jurisprudência interpretava ou como sinónimo de «prejuízo irreversível» ou como prejuízo não passível de compensação pecuniária»⁽⁹⁴⁶⁾ — foi definitivamente substituída pela alegação da existência de «urgência» (expressão, que é, no entanto, bem «ambígua»⁽⁹⁴⁷⁾). Por outro lado, considera-se necessária a existência de um meio próprio ou um fundamento adequado a criar, no estado de instrução, uma dúvida séria quanto à legalidade da decisão. Neste sentido, a existência de um argumento que seja o meio próprio para criar, durante o período instrutório, uma dúvida séria quanto à legalidade da decisão deve agora ser alegada em vez da afirmação da existência um *moyen sérieux* de natureza a justificar a anulação do acto, que, como se sabe, vinha desembocando na realização, pelo tribunal, de um exame prévio sobre o fundo da questão, provocando um «*pré-jugement du fond*»⁽⁹⁴⁸⁾. Ou seja, invertendo a carga do ónus da prova, a suspensão será ordenada se existirem dúvidas sérias sobre a legalidade do acto a suspender e se existir urgência na suspensão. Segundo alguma doutrina esta alteração traduz uma mudança cultural significativa⁽⁹⁴⁹⁾, tanto mais que permite poupar tempo, ganhando assim mais uma vez ao próprio antigo processo de suspensão.

Na actualidade, por via da inversão do ónus da prova⁽⁹⁵⁰⁾ — «doute sérieux» em vez de «moyens sérieux» —, a suspensão é ordenada se existi-

R. DENOIX DE SAINT MARC, «La réforme des procédures d'urgence...», cit., pp. 946 e 947; R. VANDERMEEREN, «La réforme des procédures d'urgence...», cit., pp. 967 e 968; G. ECKERT, «Du sursis à exécution au référé-suspension», in: *Le nouveau juge administratif...*, cit., p. 117 ss.

⁽⁹⁴⁵⁾ Neste sentido, vd. D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., p. 410. Sobre este assunto, vd. G. ECKERT, «Du sursis à exécution au référé-suspension», in: *Le nouveau juge administratif...*, cit., pp. 111 ss.; L. TOUVET, «2. Première applications des nouvelles procédures de référé...», cit., esp. pp. 380 ss.; S. OVERNEY, «Le référé-suspension et le pouvoir de régulation du juge», AJDA, 2001, pp. 714 ss.; D. CHAUVAUX, «Les nouveaux référé administratifs», rfd, 17 (4), 2001, pp. 832 ss.; R. VANDERMEEREN, «Le référé-suspension», rfd (mars-avril), 2002, pp. 250 ss.

⁽⁹⁴⁶⁾ Neste sentido, vd. J.-P. MARKUS, «Sursis à exécution...», cit., pp. 260 ss.

⁽⁹⁴⁷⁾ Neste sentido, B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 312.

⁽⁹⁴⁸⁾ Neste sentido, vd. J.-P. MARKUS, «Sursis à exécution et intérêt général...», cit., pp. 260 ss.

⁽⁹⁴⁹⁾ Neste sentido, D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., p. 411.

⁽⁹⁵⁰⁾ Neste sentido, D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., p. 411.

rem dúvidas sérias quanto à legalidade do acto a suspender e se existir urgência na suspensão da execução da decisão administrativa impugnada. Modificações de um estado de facto dificilmente reversível (destruição de um espaço verde ou o abate de gado de pastoreio); o critério do tempo e fixação de datas (relativo ao estabelecimento de um período próximo de caça); a protecção de interesses pessoais, familiares e sociais (relativos a incorporação no serviço militar, expulsão de estrangeiros, dissolução de associações); interesses profissionais; perigo para a saúde pública ou para o interesse geral são exemplos de situação que os tribunais têm considerado como *situações-de-urgência* ⁽⁹⁵¹⁾. Uma vez que a noção é ampla e apelativa de categorias distintas de interesses, este conceito tem sido valorado objectiva e globalmente.

Cumprido, contudo, dizer que a par destes dois pressupostos previstos na lei processual administrativa, a jurisprudência vem adicionar um terceiro. Na verdade, a invocação de um terceiro pressuposto que atende à ponderação de interesses remonta a jurisprudência bem antiga do Conselho de Estado. A jurisprudência vertida na decisão do *Conseil d'État* que decidiu o caso *Association de défense du quartier Notre-Dame à Versailles*, de 1976, segundo a qual «*même lorsque les conditions (...) sont remplies, il appartient au juge d'apprécier (...) s'il y a lieu d'ordonner le sursis...*», continua a ser acolhida na prática jurisprudencial mais recente. E, com efeito, durante estes primeiros anos decorridos após a entrada em vigor do novo regime, a invocação desse terceiro pressuposto de origem jurisprudencial já aconteceu no caso *Association des habitants du littoral du Morbihan*, 2001. A consideração pela jurisprudência do interesse geral («*intérêt général*»), no sentido de que ele permite o indeferimento da suspensão mesmo estando esta legitimada pela verificação dos demais pressupostos (isto é: «*avant que d'accorder un sursis même a priori justifié*» (como no caso *Huglo*, 1982) coloca, sem dúvida alguma, nas mãos do juiz o poder de decidir sobre a «oportunidade» ⁽⁹⁵²⁾ da suspensão. E, embora não expressamente prevista no CodeJA, a jurisprudência encontra-a a partir da letra da lei, no momento em que o artigo L. 521.1 do CodeJA enuncia que o juiz do *référé* pode («*peut*») ordenar a suspensão da execução. O verbo poder («*pouvoir*») é, também, «ambíguo» ⁽⁹⁵³⁾. E a doutrina discute esta questão.

⁽⁹⁵¹⁾ Sobre este assunto, vd. decisão CE, 28.02.2001, proferida sobre o caso *Préfet Alpes-Maritimes*, pub. in: DA-EJC (Avril), 2001, p. 31. E vd. CE, 19.01.2001, proferida sobre o caso *Confédération nationale des radios libres*, pub. in: DA-EJC (Mars), 2001, p. 31: «La Section du contentieux du CE admet que la condition d'urgence peut être remplie alors même que la décision attaquée n'a un objet ou des répercussions que purement financiers, et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire».

⁽⁹⁵²⁾ Neste sentido, B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 321.

⁽⁹⁵³⁾ Neste sentido, B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 322.

Esta «exceção *Notre-Dame*» tem sido, contudo, moderada com o tempo, quer em termos de lógica e metodologia quer em termos de quantidade de aplicação. E, mais recentemente ela tem vindo a servir para medir os inconvenientes da suspensão em função da utilidade da execução do acto, constituindo uma espécie de balanço custo/vantagem. Aliás, mais recentemente, o *Conseil d'État* inovou no método de ponderação, transferindo-a para a condição da urgência. Com efeito, este pressuposto foi recentemente apreciado bilateralmente, no sentido de procurar apurar em que termos a urgência em suspender se opunha à urgência em executar (caso *Préfet des Alpes-Maritimes, Société Sud-Est Environnement*, 2001). De qualquer modo, o *Conseil d'État* tem vindo a invocar que os Tribunais têm «o poder e mesmo o dever» de tomarem em consideração o conjunto dos interesses em presença (caso *Association France Nature Environnement*, 2001). Neste contexto, cumpre, pois, questionar se o carácter «exceptionnel»⁽⁹⁵⁴⁾, que um dia caracterizou o processo de *sursis à exécution* ainda caracteriza o processo de *référé-suspension*⁽⁹⁵⁵⁾.

Quanto à decisão da suspensão, ela é provisória, na medida em que só dura até que seja proferida a sentença de mérito, como prescreve o artigo L. 521-1, podendo a sua eficácia ser predeterminada pelo juiz, ou revogada ou alterada.

2.2.2.2. O *référé liberté* ou «*référé sauvegarde*» constitui a grande novidade introduzida no contencioso de urgência, pela Lei n.º 2000-597, de 30 de Junho de 2000⁽⁹⁵⁶⁾. Ela é, na verdade, «a mais original e a mais promissora»⁽⁹⁵⁷⁾. Este novo processo urgente permite ao juiz ordenar, com carácter provisório, todas as providências (*ordens de fazer e não fazer*) adequadas a assegurar ou proteger uma liberdade fundamental em face de uma actuação

⁽⁹⁵⁴⁾ Neste sentido, B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 322.

⁽⁹⁵⁵⁾ Sobre este assunto, vd. D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., p. 411; G. ECKERT, «Du sursis à exécution au référé-suspension...», cit., pp. 111 ss.; S. OVERNEY, «Le référé-suspension...», cit., pp. 718 ss. Sobre a primeira jurisprudência que versa sobre o *référé-suspension*, *maxime*, no que respeita às condições de procedência, cumpre ver a síntese apresentada em «Chronique générale de jurisprudence administrative française. Compétence (pp. 143 ss.). Procédures d'urgence (pp. 146 ss.), Pouvoirs du juge d'urgence (pp. 461 ss.)», AJDA, 2001; «Du neuf avec du vieux: l'urgence en matière de référé-suspension» (com a anotação de B. SEILLER), in: LE DALLOZ (2 mai, n.º 18), 2001, pp. 1414 ss. Sobre a aplicação dos novos processos de urgência e a gestão do respectivo âmbito de aplicação, vd. a Decisão CE 18.01.2001, *Commune de Venelles*, e a Decisão CE 05.03.2001, *Saez* (e respectivas anotações), in: M. LONG/P. WEIL/G. BRAIBANT/P. DELVOLVÉ/B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14.^a ed., Paris, 2003, pp. 837 ss.

⁽⁹⁵⁶⁾ Assim denominado por R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., p. 1169.

⁽⁹⁵⁷⁾ Neste sentido, B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 323.

ou omissão da Administração ou de uma entidade privada que exerça um serviço público. Tais novos poderes de *injonction* são justificados pela urgência, quando um acto, um comportamento, ou uma omissão administrativa, manifestamente ilegais, atentem gravemente contra uma liberdade fundamental. Assim, mesmo sem acção prévia da Administração e sem procurar o juiz de fundo, os particulares podem solicitar ao juiz do *référé-liberté* a emissão de todas as medidas necessárias e, nomeadamente, intimações à Administração para que esta actue ou omita certos comportamentos, que ameaçam uma liberdade fundamental (como, são exemplo, as clássicas liberdade de circulação («d’aller et venir»), liberdade de auto-administração das entidades locais, o direito de propriedade, o direito de asilo e de solicitar o estatuto de refugiado) ⁽⁹⁵⁸⁾.

São duas as condições de procedência do *référé-liberté* previstas no CodeJA: a existência de uma situação de urgência e a hipótese de a Administração ou a entidade privada (cessionária), no uso de poderes públicos, atentar de modo grave e manifestamente ilegal contra uma liberdade fundamental. O *référé liberté* ou «*référé sauvegarde*» é o mecanismo de *référé* que faz com que o juiz do *référé* administrativo mais se assemelhe ao seu homólogo *juge judiciaire* e daqui decorrerá que, a partir de agora, a teoria da «voie de fait» perca as suas qualidades atractivas e a razão de ser ⁽⁹⁵⁹⁾.

2.2.2.3. O CodeJA prevê também no artigo L. 521.3 o *référé* para emissão de «todas as outras medidas úteis» ⁽⁹⁶⁰⁾, mais conhecido por *référé-conservatoire*, antes consagrado no artigo R. 130 do *Code des TA-CAA*, com natureza residual. Este processo, que tradicionalmente tinha como desiderato

⁽⁹⁵⁸⁾ Assim denominado por R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., p. 1169. Sobre este assunto, vd. F. MODERNE, «Le référé-liberté devant le juge administratif», in: *Le nouveau juge administratif...*, cit., pp. 131 ss.; G. BACHELIER, «Le référé-liberté», rfd, 2002, pp. 261 ss.; P. CASSIA/A. BÉAL, «Les nouveaux pouvoirs...», cit., pp. 987 ss.; J. BELL, «Interim relief in French Administrative Court Procedure», EPL (Vol. 7, n.º 3), 2001, pp. 329 ss., esp. pp. 333 ss.; L. TOUVET, «2. Première applications des nouvelles procédures de référé...», cit., pp. 384 ss. E sobre jurisprudência mais recente, vd. «Arrêt CE 30 octobre 2001: référé-liberté: condition tenant à la sauvegarde d’une liberté fondamentale», in: DA-EJC, Janvier 2002, pp. 31 ss.; «Arrêt CE 9 août 2001, P-EJC (Décembre), 2001, p. 19; «Arrêt Conseil d’État, 4 octobre 2004», in: AJDA, 2004, com a anotação de B. FAVIER; decisão do CE 24.02.2001, M. Jean Tibéri, anotação de B. MALIGNER, «Le juge du “référé liberté” et les débats télévisés lors des campagnes électorales», rfd, 17 (3), 2001, pp. 629 ss.

⁽⁹⁵⁹⁾ Neste sentido, B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 323. Para outras considerações, decisão do Tribunal de Conflitos, 23 de Outubro de 2001, AJDA, 2001, nota de GUYOMAR/COLLIN.

⁽⁹⁶⁰⁾ Sobre este assunto, vd. Y. STRICKLER, «Réflexions sur le référé judiciaire. “Retour sur le provisoire”», in: *Le nouveau juge administratif...*, cit., pp. 73 ss.; S. TRAORÉ, «Référé-injonction et voie de fait», DA-EJC (Avril), 2001, pp. 10 ss.

acautelar determinado estado de facto referente a uma situação litigiosa, ou permitir a comunicação de documentos administrativos a particulares, ou produzir a cessação da ocupação de espaços públicos, ou de entrega de materiais pelos co-contratantes da Administração e a cessação da exploração de um serviço público, veio beneficiar de algumas modificações com a Lei n.º 2000-597, de 30 de Junho de 2000. A mais significativa alteração diz respeito à sua ampliação pela supressão do vocábulo que impedia o juiz de «*faire préjudice au principal*», apesar de manter na norma, enquanto limite aos poderes inominados, a proibição de «*faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative*». É afastada, portanto, a complicada noção de «*préjudice au principal*», que o impedia de antecipar, mesmo a título provisório, os efeitos de algumas decisões sobre o fundo da causa, ainda que o legislador tenha preservado a outra, que interdita o juiz de obstar, através da medida provisória decretada, à execução de uma decisão administrativa ⁽⁹⁶¹⁾.

2.2.3. A reforma de 2000 é também relevante pela simplificação que pretendeu introduzir na tramitação dos processos de *référé*. E assim, cumpre reconhecer que o *référé* é classicamente caracterizado como um processo especial e ágil, na medida em que o desencadear da acção está simplificado e agilizado (*allégé*). A dispensa de decisão administrativa prévia acontece mesmo no *référé conservatoire* e no *référé-liberté* e há também dispensa de algumas formalidades no domínio do pagamento das taxas (*droit de timbre*) ⁽⁹⁶²⁾, e pode dispensar-se o patrocínio (*ministère d'avocat*) ⁽⁹⁶³⁾. Por outro lado, existe a utilização do mecanismo de «tri» — uma espécie de mecanismo de «filragem» ⁽⁹⁶⁴⁾ (artigo L. 522.3 do CodeJA) —, que permite emitir uma decisão imediata de rejeição, após exame sumário da petição apresentada ao juiz do *référé*, configurando-se, nomeadamente, a falta do carácter de urgência, ou logo que pareça manifesta a falta de competência do tribunal admi-

⁽⁹⁶¹⁾ Para outras considerações, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 327 ss.; P. WACHSMANN, «Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?», in: *Le nouveau juge administratif...*, cit., pp. 95 ss.

⁽⁹⁶²⁾ O artigo L. 522.2 prescreve o seguinte: «*la demande visant au prononcé des mesures d'urgence est dispensée de l'accomplissement de la formalité prévue à l'article 1089 B du code générale des impôts*».

⁽⁹⁶³⁾ Vd. artigo R. 522.5 do CodeJA. Sobre a simplificação e aceleração, em geral, vd. J. BARTHÉLEMY, «Les référés non subordonnés à la condition d'urgence», rfd, 2002, esp. pp. 275 ss.; P. CASSIA/A. BÉAL, «La nouvelle procédure applicable devant le juge administratif des référés», JCP, 2001, pp. 921 ss.

⁽⁹⁶⁴⁾ Este mecanismo está previsto no artigo L. 522.3. A este propósito, D. LABETOULLE, «La genèse de la loi du 30 juin 2000», in: *Le nouveau juge administratif...*, cit., p. 21.

nistrativo ou desde que a petição seja inadmissível por demonstrar ser improcedente. O mecanismo de «tri» ou «filtro» permite não só distinguir previamente o que é urgente daquilo que não é e eliminar *a priori* os requerimentos mal formulados e improcedentes ⁽⁹⁶⁵⁾, sendo que também facilita a calendarização dos procedimentos, que se fará em função da urgência e da complexidade do caso ⁽⁹⁶⁶⁾. Esta possibilidade «d'assignation à jour fixe», prevista no artigo 485 do novo Código de Processo Civil francês, vem diminuir o carácter inquisitório dos processos de urgência, uma vez que as partes cooperam na construção do esquema processual ⁽⁹⁶⁷⁾. A demanda deve conter expostos, pelos menos em termos sumários, os factos e deve justificar a urgência do caso ⁽⁹⁶⁸⁾. Cumpre dizer ainda que, no contexto do *référé-suspension*, o artigo L. 521.1 estabelece que, logo que a suspensão seja pronunciada, se deve decidir com brevidade — ou, para utilizar a própria expressão legal: «dans les meilleurs délais» — sobre o pedido de anulação ou reformulação da decisão suspendenda.

Quanto à cognição efectuada no âmbito do *référé*, esta molda-se em função do tipo de urgência: o exame por *juge unique* permite alcançar celeridade, uma vez que o juiz decide individualmente (com excepção das situações em que o juiz reenvia a questão para o tribunal em formação colegial). Também a dispensa das conclusões do Ministério Público (*commissaire du gouvernement*) garante uma aceleração, bem como também se adquire tal valor processual com a introdução da oralidade, uma vez que cumpre ao juiz optar pela realização da audiência escrita ou oral. Assim deve o juiz decidir com brevidade («dans les meilleurs délais», nos termos do artigo L. 521.1 do CodeJA), sendo que no domínio do *référé-liberté* decide no prazo de quarenta e oito horas (artigo L. 521.2 do CodeJA).

De qualquer modo, as medidas decretadas pelo juiz de *référé* têm natureza provisória, não só porque não decidem a questão de fundo subjacente a um processo principal, como já apontámos, mas também porque os seus efeitos têm uma duração limitada no tempo. As medidas podem ser modificadas ou revogadas, a pedido das partes ou de qualquer pessoa interessada, a todo

⁽⁹⁶⁵⁾ A propósito das vantagens e inconvenientes deste mecanismo, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 330; D. LABETOULLE, «La genèse de la loi du 30 juin 2000», in: *Le nouveau juge administratif...*, cit., pp. 21ss.

⁽⁹⁶⁶⁾ Sobre esta possibilidade, vd. artigo L. 522.1, nos termos do qual, o juiz, ao mesmo tempo que notifica as partes, informa-as da data e hora da audiência pública. Sobre este assunto, vd. D. LABETOULLE, «La genèse de la loi du 30 juin 2000», in: *Le nouveau juge administratif...*, cit., p. 22.

⁽⁹⁶⁷⁾ Neste sentido, vd. C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 498.

⁽⁹⁶⁸⁾ Nos termos do artigo R. 522.1, «La requête visant au prononcé de mesures d'urgence doit contenir l'exposé au moins sommaire des faits et moyens et justifier de l'urgence de l'affaire».

o tempo, tendo como fundamento na ocorrência de «novos elementos», que se entendem como elementos de facto e de direito. A decisão provisória decretada no âmbito do *référé* goza de uma imperatividade de *caso julgado especial* — pese embora o não produzir verdadeiramente — e, por isso, é executória logo que emitida (a menos que se exija a sua notificação) e quando deva ser notificada tal deverá acontecer com brevidade e por qualquer meio que se mostre adequado (nos termos do artigo R. 522.12), devendo ser imediatamente executada (nos termos do artigo R. 522.13 do CodeJA). Contudo, como se apontou, esta decisão não tem verdadeiramente autoridade de caso julgado, nem perante o processo principal, nem no próprio processo de *référé* ⁽⁹⁶⁹⁾.

2.2.4. No que respeita aos *référés* específicos, aqueles que não estão sujeitos em absoluto à condição de urgência *tout court*, importa realçar que eles são o *référé-constatation*, o *référé-instruction* e o *référé-provision*, previstos no Título III do Livro V do CodeJA. O *référé-constatation*, herdeiro do *constat d'urgence*, serve para certificar a existência de uma realidade de facto ou o estado de uma situação ou de um lugar, ou para verificar as condições de bens ou de situações pessoais (como as condições de internamento num hospital) que podem constituir objecto de um litígio no âmbito da jurisdição administrativa. Daí a condição da «utilidade» ⁽⁹⁷⁰⁾ que pressupõe a sua emissão. Contudo, ao contrário do *référé-instruction*, não se procede a qualquer tipo de análise complementar sobre causas e remédios, nem a qualificações jurídicas. A medida traduz-se, pois, numa pura verificação de facto ⁽⁹⁷¹⁾.

Ainda que não condicionada à urgência, a medida justifica a intervenção de um perito («experte») sem demora alguma («sans délai...»), e, por isso, o procedimento segue uma certa simplicidade, a demanda é introduzida por requerimento («simple requête»), com dispensa do despacho inicial de triagem e de patrocínio de advogado. O *référé-instruction* correspondente ao antigo *référé* das medidas de verificação e investigação, continua a ser o *référé-expertise* ou de todas as medidas úteis de instrução, sem que, contudo, seja obrigatoriamente necessário invocar a urgência. O procedimento é, contudo, simplificado.

No que respeita ao *référé-provision*, cumpre dizer, em primeiro lugar, que este processo especial apareceu no contencioso administrativo francês com a legislação de 1988 (*Décret* de 2 de Setembro de 1988) e, desde então, ainda não conseguiu abandonar a «atitude de intruso» («allure d'intrus») ⁽⁹⁷²⁾

⁽⁹⁶⁹⁾ Para outras considerações, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 327 ss.

⁽⁹⁷⁰⁾ Neste sentido, D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., p. 443.

⁽⁹⁷¹⁾ Neste sentido, D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., p. 443.

⁽⁹⁷²⁾ Expressão de B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 340.

— que sempre o caracterizou, como afirma PACTEAU. Este processo é aparentemente contrário à lógica (e aos cânones) da justiça administrativa, e daí a sua aparente natureza incongruente, uma vez que permite obter a reparação antecipada de danos ou permite obter uma provisão, pelo menos parcial e provisória, sem que o direito de indemnização tenha ainda sido verdadeiramente declarado. Mais precisamente, refere aquele autor que dele tem derivado uma excepção «tanto impossível como incorrecta» ao clássico princípio da proibição de o *juge de référé* «faire préjudice au principal», já que este processo permite acordar uma provisão ao credor desde que a existência da obrigação não seja seriamente contestada ou questionável («contestable»).

A evolução deste processo no âmbito do contencioso administrativo tem sido, contudo, muito encorajada pela doutrina⁽⁹⁷³⁾, sendo que a evolução veio mesmo acontecer naturalmente — «dans la logique du temps»⁽⁹⁷⁴⁾. E este processo tornou-se mesmo «precioso»⁽⁹⁷⁵⁾ para os particulares vítimas de lesões emergentes de actuação e omissões da Administração, principalmente no domínio da reparação de danos, uma vez que os processos são demorados e os prejuízos significativos, tanto mais quanto se tiver em conta as despesas hospitalares. Estas provisões sempre poderão traduzir uma ajuda antecipada.

O texto actual inspirou-se no artigo 809.º, 2.ª alínea, do novo *Code de procédure civile*. E, por conseguinte, com a reforma de 2000 é agora possível solicitar a provisão antecipada sem que seja necessário accionar, ao mesmo tempo, um processo principal («même en l'absence d'une demande au fond») (artigo R. 541.1). E, tal como funciona no processo civil, é dada a possibilidade às partes de escolherem propor ou não a acção principal, com vista a obter a declaração sobre a existência da obrigação e a fixação definitiva do valor do crédito. Nos termos do artigo R. 541.4 do CodeJA, prevê-se que, se o credor não tomou a iniciativa de propor a acção principal, caberá tal possibilidade à entidade pública condenada ao pagamento da provisão, o que deverá fazer no prazo de dois meses, a contar da notificação da decisão de provisão.

De qualquer modo, a dívida não poderá ser seriamente questionável («sérieusement contestable»). E isto não significa, contudo, que a dívida não possa ter sido objecto de contestação ou oposição. Significa, apenas, que dependerá do poder soberano do juiz a apreciação do carácter sério da dívida apresentada pela demandante sobre a existência da dívida e significa igualmente que depende do seu poder discricionário — mais uma vez expresso no «pode»

⁽⁹⁷³⁾ A este propósito, vd. DEBOUY, «Pour un véritable référé- provision», JCP, 1984, pp. 3164 ss.

⁽⁹⁷⁴⁾ Expressão de B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 340.

⁽⁹⁷⁵⁾ Neste sentido, B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 340.

(«peut») — ordenar a provisão, mesmo que as condições da sua procedência se verifiquem ⁽⁹⁷⁶⁾. Em qualquer caso, a prestação de uma garantia pode ser ordenada, mesmo oficiosamente, como condição de decretação da provisão. E uma vez que antecipação do pagamento de uma quantia pode contemplar a totalidade da dívida (caso *Département des hauts-de-Seine*, 2000), a constituição da garantia pode justificar-se, atendendo à possibilidade de constituição de uma situação irreversível. Aliás, em sede de recurso jurisdicional, se a medida de provisão for adequada a causar consequências dificilmente reparáveis, e se existirem elementos (ou meios) sérios que, no estado da instrução, permitam justificar a sua anulação ou a rejeição da demanda («moyens sérieux et de nature à justifier son annulation et le rejet de la demande»), o juiz *ad quem* — («le juge d’appel ou le juge de cassation») — poderá ordenar a suspensão da decisão que ordena a provisão a favor do credor (artigo R. 541.6 do CodeJA).

O procedimento concretiza tanto o princípio do contraditório como o da urgência, ainda que o *Conseil d’État* tenha considerado que no âmbito dos processos de *référé*, visto que estes se caracterizam pela provisoriedade, não se aplica o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e, portanto, não há obrigação de cumprir obrigatoriamente o princípio do contraditório (caso *Département des hauts-de-Seine*, 2000).

3. A urgência alemã e o modelo Alemão

Como apontámos, os legisladores nacionais têm vindo, mais recentemente, a aperfeiçoar as respectivas leis processuais administrativas no sentido da concretização do direito a um processo efectivo e temporalmente justo. E, neste contexto, cumpre dizer que, não obstante essa actuação legal, o decretamento da tutela de urgência pelos tribunais administrativos tem vindo a desempenhar igualmente um papel determinante na concretização daqueles direitos. Aliás, na Alemanha, não obstante o legislador também ter introduzido alterações no sentido de aliviar os tribunais administrativos e acelerar o processo, sendo que algumas das pontuais modificações também incidiram sobre o modelo de tutela provisória ⁽⁹⁷⁷⁾, ainda assim, a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo tem vindo a ser conseguida sobretudo por via jurisprudencial e fundamentalmente pela aplicação

⁽⁹⁷⁶⁾ Neste sentido, D. CHABANOL, *Code de justice administrative...*, cit., pp. 461 e 462.

⁽⁹⁷⁷⁾ A propósito das alterações que, desde Janeiro de 1997, atingiram a orgânica judicial e a aceleração de certos meios processuais, vd. P. MOUZOURAKI, «La modification du code des tribunaux administratifs en Allemagne fédérale», rfd, 15, 1999, pp. 150 a 158.

do modelo da tutela de urgência — um modelo que é, desde logo, desenhado no artigo 19.º, n.º 4, da *Grundgesetz* (=GG) e é concretizado na *Verwaltungsgerichtsordnung* (=VwGO) especialmente no § 47.6, nos §§ 80, 80-a e 80-b e § 123 e é ainda completado pelas disposições constantes dos §§ 920 a 945 da *Zivilprozeßordnung* (=ZPO) *ex vi* do § 123.3 da VwGO (978).

Na verdade, quer por imperativo da Lei Fundamental, artigo 19.º, n.º 4, da GG, quer por determinação europeia, o modelo de tutela de urgência tem vindo a alcançar um enorme significado na *praxis*, na medida em que permite assegurar no âmbito da jurisdição administrativa a tutela jurisdicional efectiva e em tempo razoável (979). E assim é principalmente em determina-

(978) Sobre este modelo, vd., fundamentalmente, K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 4. Auflage, München, 1998; F. SCHOCH in: F. SCHOCH/E. SCHMIDT-ASSMANN/R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, Band II, München, 2002, anotação ao § 123 VwGO; F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 13. Auflage, München, 2003, pp. 1437 ss.; W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht*, 7. Auflage, 2000, Heidelberg, pp. 291 ss., ns. ms. 927 ss.; M. HAPP, in: E. EYERMANN/L. FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 11. Auflage, München, 2000, pp. 1084 ss., esp. pp. 1090 ss.; K. REDEKER/H.-J. VON OERTZEN/M. REDEKER/P. KOTHE, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 13. Auflage, Stuttgart, 2000, pp. 51 ss.; F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht*, 4. Auflage, München, 2000, pp. 526 ss.; W. KUHLA, «Vorläufiger Rechtsschutz», in: W. HÜTTENBRINK/J. ENDLER, *Der Verwaltungsprozess*, 3. überarbeitete Auflage, München, 2002, pp. 588 ss.

(979) Sobre este assunto, vd. H. HUBA, «Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO. 3. Teil. Die einstweilige Anordnung», *JuS* (12), 1990, pp. 983 ss.; F. SCHOCH, «Grundfragen des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes», *VerwArch* (2), 1991, pp. 145 ss.; J. BERKEMANN, «Das “verdeckte” summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts», *JZ*, 1993, esp. p. 161; K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 2 a 7, pp. 1 a 4; T. WÜRTEMBERGER, *Verwaltungsprozeßrecht*, München, 1998, ns. ms. 500 ss., pp. 221 ss. Considere-se a posição de F. HUFEN (*Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 1 e 2, pp. 526 a 527) que, no contexto da concretização dos preceitos constantes da Lei Fundamental de Bona, realça uma dupla função à tutela provisória. Assim, por um lado, e de acordo com a perspectiva subjectiva, a tutela provisória visa proteger ou realizar antecipadamente as pretensões subjectivas dos particulares (*ex vi* do artigo 19.4 da GG). E, a partir da perspectiva objectiva, a tutela provisória surge no contexto da garantia à integridade do exercício da função jurisdicional (*ex vi* artigo 20.3 da GG). Na verdade, nesta perspectiva que atende ao controlo judicial da actividade administrativa, a tutela provisória surge como instrumento ao serviço da efectividade da tutela jurisdicional, sendo que se procura assegurar que os juízes (independentes) impeçam com eficácia que a Administração Pública execute de modo definitivo as suas decisões antes de os tribunais apreciarem e decidirem, em sentença final, a questão da invalidade alegada. Cumpre tb. vd. o texto de P. BADURA («Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative», *RtDP*, 1984 (ano XXXIV), pp. 104 ss., esp. p. 110), onde o autor faz a relação entre o direito à tutela efectiva e o direito à tutela em tempo breve, tendo o autor invocado, para o efeito, a decisão do BVerfGE 55, 349/369 (que foi anotada por C. H. ULE, «Effektiver Rechtsschutz in einer funktionsfähigen Rechtspflege?», *DVBl*, 1982, pp. 821 ss.) e para a decisão do TEDH de 28.06.1978, que versou sobre o caso *König c.*

dos domínios ⁽⁹⁸⁰⁾, onde o factor tempo é determinante na concretização do processo efectivo e temporalmente justo, quais sejam o domínio do direito dos estrangeiros e do direito de asilo, o domínio dos direitos de reunião e manifestação, no domínio do direito do urbanismo, especialmente no que respeita à tutela de terceiros (vizinhos) perante a construção, no domínio do direito da função pública (incluindo questões relativas a promoções e concursos), domínio do apoio social («Sozialhilferecht»), e, finalmente no domínio do direito que versa sobre as questões escolares e universitárias («Hochschulzulassungsrecht»), incluindo o direito dos exames («Prüfungsrecht» ⁽⁹⁸¹⁾. Em

Alemanha (e sobre o qual se pronunciou em anotação H. SENDLER, «Zum Instanzenzug in der Verwaltungsgerichtsbarkeit», DVBl, 1982, pp. 157 ss.). Naquela primeira decisão, o *Bundesverfassungsgericht* considerou que «o direito à tutela jurisdicional efectiva significa sobretudo que alguém tem direito à tutela judicial num tempo adequado. E a adequação da duração do processo deve medir-se segundo as particularidades do caso concreto». Na segunda decisão, o TEDH veio dizer que o processo que versou sobre a questão que opôs o médico König à entidade administrativa violou o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, porquanto excedeu o prazo razoável. Por todos, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I): Aufschiebende Wirkung und Anordnung der sofortigen Vollziehung», JURA, 2001 (10), pp. 671 ss.

⁽⁹⁸⁰⁾ Enfim da múltipla bibliografia sobre o tema, vd., por exemplo, O.-W. JAKOBS, «Der vorläufige Rechtsschutz im Prüfungsrecht», VBIBW (4), 1984, pp. 129 a 160; B. WITKOWSKI, «Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht (unter besonderer Berücksichtigung des vorläufigen Rechtsschutzes», NJW (13), 1993, pp. 817 ss.; W. LEINER, «Rechtsschutz binnen Wochenfrist: Die Eilentscheidung nach § 36 AsylVfG», NVwZ (3), 1994, pp. 239 ss.; H. VON GOLITSCHKE, «Einstweiliger Rechtsschutz bei beamtenrechtlichen Auswahlentscheidungen», ThürVBl (1), 1996, pp. 1 a 8; G. BORGES, «Der Nachbarrechtsschutz im Freistellungsverfahren», DÖV (21), 1997, pp. 900; D. MAMPEL, «Vorläufiger Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte mit Doppelwirkung nach dem 6. VwGOÄndG», DVBl (1. Oktober), 1997, pp. 1155 ss.; H. SCHNELLENBACH, «Konkurrenzen um Beförderungsämter — geklärte und ungeklärte Fragen», ZBR (6), 1997, pp. 169 ss.; M. UECHTRITZ, «Vorläufiger Rechtsschutz eines Nachbarn bei genehmigungsfreigestellten Bauvorhaben. Konkurrenz zwischen Zivil- und Verwaltungsprozeß?», BauR (7), 1998, pp. 719 ss.; C. BAMBERGER, «Die verwaltungsgerichtliche vorläufige Einstellung genehmigungsfreier Bauvorhaben», NVwZ (9), 2002, pp. 983 ss.; F. SCHOCH, «Ablehnung einstweiliger Anordnung gegen in-Kraft-Teten des lebenspartnerschaftsgesetzes», JURA (12), 2001, pp. 833 ss.; R. BREHM, «Vorläufiger Rechtsschutz im Prüfungsrecht», DVBl (1. Januar), 2001, pp. 27 ss.; W. KUHLA, «Der vorläufige Rechtsschutz im Planfeststellungsrecht», NVwZ (5), 2002, pp. 542 ss.

⁽⁹⁸¹⁾ Neste sentido, e para uma visão actual da dimensão do direito à tutela judicial efectiva, incluindo à decisão em prazo razoável, e para a importância que as decisões urgentes provisórias adquiriram neste contexto do direito processual administrativo como direito europeu concretizado, vd., por todos, F. SCHOCH, in: F. SCHOCH/SCHMIDT-ASSMAN/PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, Band I, München, 1998, em anotação ao § 80, ns. ms. 8 e 16 a 32 ss., pp. 5 a 14; IDEM, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I)...», cit., esp. p. 672; IDEM, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil II): Das gerichtliche Aussetzungsverfahren», JURA (1), 2002, pp. 371 ss., esp. p. 38; IDEM, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III): Die einstweilige Anordnung», JURA (5), 2002, pp. 318 e 319.

abono da verdade, a tutela provisória adquiriu uma importância tão significativa na *praxis* que leva HUFEN a escrever que essa modalidade de tutela é, hoje em dia, a tutela principal, sendo que se um dia ela foi sobretudo asseguradora ou conservatória, na actualidade é uma tutela jurisdicional de mérito de urgência que substitui, vezes sem conta, a tutela normal ou ordinária⁽⁹⁸²⁾ — o que não deixa de ser preocupante e merecedor de atenção.

Na verdade, a lei processual administrativa alemã integra um modelo de tutela provisória (*vorläufigen Rechtsschutz*) que é vulgarmente tido como paradigma de estudo e de inspiração para os diversos legisladores europeus, uma vez que, por determinação constitucional, tal modelo, para além consagrar como regra o efeito suspensivo automático, integra um modelo aberto e inominado de protecção jurisdicional de urgência, de matriz provisória⁽⁹⁸³⁾. Com efeito, a disciplina da tutela jurisdicional provisória — que inclui o regime de suspensão automática da eficácia de actos administrativos («Sus-

⁽⁹⁸²⁾ Na verdade, F. HUFEN (*Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., n. m. 10, pp. 529 e 530) escreve a este propósito o seguinte: «Historisch gesehen war der vorläufige Rechtsschutz — seinem Namen entsprechend — eine vorübergehende Sicherung bis zur Entscheidung in der Hauptsache, die dabei auch faktisch stets entscheidend blieb. Das ist heute nicht nur in den vielzitierten Großverfahren die Ausnahme. Auch in den typischen Massenverfahren des Ausländer- und Asylrechts, nichts weniger aber auch im Bereich des Schul- und Hochschulrechts, verlagert sich der Verwaltungsprozeß mehr und mehr in das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes. So haben schon die bloße Dauer des Hauptsacheverfahrens und die Bedeutung des Faktors Zeit für die Lösung der meisten öffentlichrechtlichen Probleme heute dazu geführt, daß eine oder sogar mehrere gerichtliche Entscheidungen des vorläufigen Rechtsschutzes das Hauptsachenverfahren begleiten, wenn nicht ersetzen. Die “Hauptsache” wird dann nicht selten zur Nebensache, ja der Rechtsstreit wird in der Hauptsache oft nicht einmal zu Ende geführt, weil die Entscheidung im Verfahren nach § 80 da VwGO das Schicksal eines Projekts oder aber die Wirksamkeit prozessualer Abwehr besiegeln kann. Abhilfe wäre wohl nur von der drastischen Reduzierung der Dauer des eigentlichen Verwaltungsprozesses zu erwarten».

⁽⁹⁸³⁾ Sobre a diversa bibliografia que versa sobre este tema, vd., por exemplo, L. PAREJO ALFONSO, «La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo», REDA, 49, pp. 198 ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativo en Alemania*, Madrid, 1993, pp. 216 ss.; M. BACIGALUPO, «El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán», RAP, 128, 1992, pp. 418 a 442. Na doutrina italiana, ALFONSO MASUCCI, «La legge tedesca sul Processo Amministrativo», *Quaderni di diritto processuale Amministrativo*, Milão, 1991, pp. 64 a 68. Na doutrina portuguesa, vd. MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO, «As garantias de defesa jurisdicional dos particulares contra actuações do poder executivo na Alemanha», DDC, 27/28, Lisboa, 1986, pp. 448 a 450; R. ARNOLD, «Le contrôle juridictionnel des décisions administratives en Allemagne», AJDA, 9, 1999, p. 665; G. HÄRING, «Aspetti del giudizio cautelare tedesco», in: AAVV, *Il Giudizio Amministrativo Cautelare*, Roma, 1987, pp. 45 a 48; W. HANISCH, «I provvedimenti di urgenza nell’ordinamento tedesco», in: AAVV, *Il Giudizio Amministrativo Cautelare*, Roma, 1987, pp. 66 a 88; K. PLATZ, «La tutela cautelare nel processo amministrativo tedesco», Amm, 1, 1999, pp. 71 a 77; B. PETER, «Spécificités au regard du droit français des procédures d’urgence en droit allemand», RDP, 1994, pp. 185 a 213, esp. pp. 186 a 201.

pensionsautomatik»), decorrente da mera interposição do recurso administrativo prévio («Widerspruch», nos termos dos §§ 69 e 80.1) ou da propositura da acção judicial impugnatória («die Anfechtungsklage», nos termos dos §§ 42 e 80.1), e integra o regime relativo à emissão de ordens provisórias (*einstweilige Anordnung*) — visa proporcionar uma tutela jurisdicional provisória sem lacunas (*Lückenlosigkeit des vorläufigen Rechtsschutzes*), concretizando, assim, o comando constitucional com sede no artigo 19.º, n.º 4, da GG, onde se estabelece o *standard* do direito fundamental dos particulares de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva. Cumpre, aliás, reconhecer que este preceito da Lei Fundamental de Bona serve de constante ponto de referência no momento em que o juiz administrativo de urgência pondera sobre a emissão da medida provisória, sobre o conteúdo da medida provisória a decretar e sobre a eventual oportunidade de emitir uma decisão provisória de efeitos irreversíveis. De qualquer modo, a tutela provisória, tanto a prevista no regime referente ao efeito suspensivo do acto (*aufschiebende Wirkung*) como a prevista no regime referente à emissão de decisões provisórias (*einstweilige Anordnung*), surge como instrumento que o juiz da urgência tem vindo a gerir para realizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, quer em ordem ao imperativo constitucional, quer ao imperativo do Direito Europeu (984).

Cumpre notar, em primeiro lugar, que a lei processual administrativa alemã que versa sobre a tutela provisória assenta fundamentalmente em duas

(984) Sobre este assunto, e da múltipla bibliografia, vd., por exemplo, J. SCHWARZE, «L'européanisation du droit administratif national», in: *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe...*, cit., pp. 789 ss.; R. KOCH, «Zur Vorlagepflicht nationaler Gerichte an den EuGH in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes», NJW (36), 1995, pp. 2331 ss.; G. HAIBACH, «Vorläufiger Rechtsschutz im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und Grundgesetz», DÖV (2), 1996, pp. 60 ss.; C. OHLER/W. WEISS, «Einstweiliger Rechtsschutz vor nationalen Gerichten und Gemeinschaftsrecht», NJW (34), 1997, pp. 2221 ss.; K. STERN, «Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit», JuS (9), 1998, pp. 769 ss., esp. pp. 775 e 776; W. SANDNER, «Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Gemeinschaftsrecht vor nationalen Gerichten», DVBl (15. März), 1998, pp. 262 ss.; R. HAUSER, «Europarecht im deutschen Verwaltungsprozess (3): Vorläufiger Rechtsschutz und Gemeinschaftsrecht», VBIBW (10), 2000, pp. 377 a 416; J. ENDLER, «Verwaltungsprozess und Europarecht», in: W. KUHLA/W. HÜTTENBRINK, *Der Verwaltungsprozess*, 3. überarbeitete Auflage, München, 2002, pp. 909 ss.; J. SCHWARZE, «Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit», NVwZ (3), 2000, pp. 241 ss. A este propósito, A. JANNASCH («Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf den vorläufigen Rechtsschutz», NVwZ (5), 1999, pp. 495 ss.) escreve o seguinte: «Das Beispiel des vorläufigen Rechtsschutz macht erneut deutlich: Verwaltungsrecht ist inzwischen nicht mehr nur “konkretisiertes Verfassungsrecht”, es ist ebenso vom Europarecht geprägt. Zugleich beeinflussen die auf manchem Gebiet konvergierenden nationalen Rechtsordnungen sich gegenseitig sowie die Rechtsprechung des EuGH. Vielleicht läßt sich zumindest mittelfristig doch von einem “Wandel durch Annäherung” sprechen». Para uma síntese, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I)...», cit., pp. 671 ss., esp. p. 671.

vias ou institutos de tutela de urgência, variando, pois, em torno do efeito suspensivo do acto e da emissão de decisões judiciais provisórias⁽⁹⁸⁵⁾. Assim, pese em embora tais regimes se desdobrem em três vias de tutela judicial de urgência, duas são efectivamente as figuras centrais. Assim, um regime está previsto no § 47.6 da VwGO e surge no contexto da competência *ratione materiae* do tribunal administrativo superior para exercer o controlo abstracto de normas («Sachliche Zuständigkeit des OVG bei der abstrakten Normenkontrolle», nos termos do § 47). No quadro do regime previsto no § 47.6 da VwGO, o tribunal pode, quando solicitado, emitir *ordens provisórias* se existir uma necessidade urgente de obstar à produção de prejuízos graves ou por outras razões importantes⁽⁹⁸⁶⁾. O outro pressupõe a existência de uma decisão administrativa e pressupõe a sua impugnação, sendo que a lei processual administrativa integra o seu regime especial nos §§ 80, 80-a e 80-b da VwGO. Estes regimes são, contudo, especiais perante o consagrado no § 123 da VwGO⁽⁹⁸⁷⁾. O regime respeitante à suspensão da eficácia de actos rege a produção do efeito suspensivo automático que decorre exactamente da impugnação administrativa e da impugnação judicial do acto administrativo individual que modifica uma situação jurídica ou que tem carácter declarativo e do acto administrativo individual que produz efeitos para terceiros (respectivamente, nos termos dos §§ 80, 80-a da VwGO)⁽⁹⁸⁸⁾ e o regime constante do § 123 constitui o regime

⁽⁹⁸⁵⁾ Sobre este modelo, vd. C. KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in der VwGO — Verfahren*, Freiburg, Berlin, München, 1998, ns. ms. 1 ss., pp. 187 ss.; K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 10 ss., pp. 6 ss.; W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 936, 1019 e 1025, pp. 291, 319 e 321; T. WÜRTEMBERGER, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 500 a 502, pp. 221 a 222; F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., n. m. 12, pp. 530 ss.; W. KUHLA, «Vorläufiger Rechtsschutz», in: W. HÜTTENBRINK/J. ENDLER, *Der Verwaltungsprozess...*, cit., pp. 601 ss.; H. BÜCHNER/K. SCHLOTTERBECK, *Verwaltungsprozessrecht*, 6.^a ed., Stuttgart, 2001, pp. 20 ss. Por todos, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I)...», cit., pp. 671 ss.

⁽⁹⁸⁶⁾ O preceito menciona o seguinte: «Das Gericht kann auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist».

⁽⁹⁸⁷⁾ A este propósito, vd. F. SCHOCH, in: F. SCHOCH/SCHMIDT-ASSMAN/PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., anotação ao § 123 da VwGO, n. m. 3, e n. m. 19. Neste sentido, SCHOCH refere que, de acordo com a *Subsidiaritätsklausel* prevista no § 123. 5 da VwGO, a ordem provisória actua subsidiariamente perante o outro mecanismo. Neste sentido, o regime constante do § 80 da VwGO funcionará como *leges speciales* em relação ao regime jurídico da ordem provisória.

⁽⁹⁸⁸⁾ A propósito deste mecanismo de suspensão automática dos efeitos da decisão impugnada, vd. W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 937 ss., pp. 292 ss.; T. WÜRTEMBERGER, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 503 a 537, pp. 222 a 237; F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 2 ss., pp. 533 ss. Por todos, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I)...», cit., pp. 673 ss.

comum, nos termos do qual o juiz emite uma decisão provisória que seja adequada a garantir a efectividade a uma acção principal accionada contra as entidades administrativas. Com efeito, a lei processual administrativa consagra uma via que permite a emissão de uma *ordem provisória* (*einstweilige Anordnung*), conservatória ou antecipatória, estando o seu regime previsto no § 123.1 (1.^a parte e 2.^a parte) da VwGO⁽⁹⁸⁹⁾.

Como apontámos, uma das formas de garantir a protecção jurisdicional provisória decorre da suspensão automática da eficácia do acto (*aufschiebende Wirkung*), assumindo-se este tipo de tutela como regra que admite excepções. E a regra pressupõe, de facto, que a apresentação do recurso de impugnação administrativa («Widerspruch») e a propositura jurisdicional da acção impugnatória (Anfechtungsklage) do acto administrativo (incluindo o acto de duplo efeito) produzem a suspensão automática («Suspensionsautomatik») da eficácia do acto, por força do regime constante do § 80.1 da VwGO⁽⁹⁹⁰⁾. Há, contudo,

(⁹⁸⁹) A este propósito, do rol antigo e variado de bibliografia, cumpre ver H. QUARITSCH, «Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß», *VerwArch* (3), 1960, pp. 210 ss.; (4), 1960, pp. 342 ss.; H. RAMBECK, «Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß», *NJW* (39), 1961, pp. 1333 ss.; H. ROHMEYER, *Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozess*, Berlin, 1967; H. DE CLERCK, «Zur Form der Entscheidung im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen einstweiligen Anordnung», *NJW* (1-2), 1970, pp. 22 a 23; D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, München, 1971, esp. pp. 187 ss.; W. GRUNSKY, «Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes», *JuS* (5), 1976, pp. 277 ss.; W. GRUNSKY, «Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht», *JuS* (4), 1977, pp. 217 ss.; H.-J. PAPIER, «Einstweiliger Rechtsschutz bei öffentlichrechtlichen Streitigkeiten (2. Teil)», *JA*, 1979, pp. 646 ss.; H.-U. ERICHSEN, «Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO», *JURA* (12), 1984, pp. 644 ss.; BENDER, «Die einstweilige Anordnung (§ 123 VwGO)», *VBIBW* (9), 1986, pp. 321 a 360; R. URBAN, «Eingeschränkte Verwerfungskompetenz der Verwaltungsgerichte im Eilverfahren gem. § 123 VwGO», *NVwZ* (5), 1989, pp. 433 ss.; H.-P. ADOLF, «Verwaltungsprozeßrecht: effektiver Rechtsschutz bei einstweiligen Anordnungen nach § 123 VwGO», *JA* (1), 1990, pp. 29 ss.; S. MÜCKL, «Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO im System des vorläufigen Rechtsschutzes», *JA* (4), 2000, pp. 329 ss.; W.-R. SCHENKE, «Der vorläufige Rechtsschutz zwischen Rechtsbewahrung und Flexibilitätsanforderungen», *VBIBW* (2), 2000, pp. 56 a 65; C. LOOS, «Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsrecht: Das Verfahren nach § 123 VwGO», *JA* (11), 2001, pp. 871 ss.; D. ZACHARIAS, «Ausgewählte Grundfragen des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozess», *JA* (4), 2002, pp. 345 ss.

(⁹⁹⁰) Sobre esta via de tutela provisória, vd. H. HUBA, «Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO. 2. Teil. Der vorläufige Rechtsschutz nach § 80 VwGO», *JuS* (10), 1990, pp. 805 ss.; F. SCHOCH, «Suspensiveffekt unzulässiger Rechtsbehelfe nach § 80 Abs. 1 VwGO», *BayVBl* (12), 1983, pp. 358 ss.; J. SCHMIDT, in: E. EYERMANN/L. FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 11. Auflage, München, 2000, pp. 602 ss.; W. SCHMITT GLAESER, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., pp. 153 ss.; K.-P. SOMMERMANN, «La Justicia Administrativa Alemana...», cit., pp. 110 a 107 (ou o mesmo trabalho publicado na *rfd*, 11, 1995, pp. 1145 ss., esp. pp. 1164 a 1166); F. KOPP, «Vereinheitlichung und Vereinfachung des vorläu-

casos excepcionais (§ 80.2 da VwGO), em que se exclui o efeito automático suspensivo, uma vez que se pressupõe a necessária execução imediata da decisão administrativa, sendo que tais casos excepcionais estão fixados legalmente no ponto 2 do § 80, abrangendo os domínios da cobrança de taxas e impostos («öffentliche Abgaben und Kosten»), o domínio das decisões e medidas de polícia e outros domínios consagrados especialmente em lei, designadamente, em matéria que verse sobre investimentos e criação de emprego. Aliás, cumpre notar que nestes casos, é possível, ainda assim, decretar a suspensão da eficácia de tais actos, sendo que, nos termos do ponto 4 do § 80, desde que não haja lei que o proíba, cabe ao autor do acto ou ao órgão superior que o reaprecia em sede de recurso administrativo prévio ordenar a suspensão. Tratando-se de actos referentes ao pagamento de taxas e impostos, a suspensão pode fazer-se acompanhar da prestação de uma garantia. De qualquer modo, a suspensão da eficácia do acto pode ordenar-se quando exista uma dúvida séria sobre a validade do acto impugnado ou quando a execução possa traduzir-se para o devedor num dano desproporcionado («eine unbillige Härte»), não justificado pelos preponderantes interesses públicos⁽⁹⁹¹⁾.

Cumpre dizer ainda que o efeito suspensivo pode igualmente ser excluído por decisão fundamentada do autor do acto (ou por decisão do órgão que reaprecia o acto em sede de recurso administrativo prévio), nos termos do § 80.2.4, sendo que, neste caso, se tem em conta que a imediata execução do acto se justifica para atender a um interesse público preponderante ou para atender a um preponderante interesse de um dos sujeitos. Neste caso, a decisão pela qual se ordena a imediata execução do acto deve ser fundamentada especialmente e por escrito, só assim não devendo acontecer se o órgão em causa

figen Rechtsschutzes gem. §§ 80, 80a, 113 III 2 und 123 VwGO», ZRP (12), 1993, pp. 458 ss.; W. R. SCHENKE, «Rechtsprechungsübersicht zum Verwaltungsprozeß — Teil 4», JZ (23), 1996, pp. 1155 ss.; M. TERWIESCHE, «Der Verstoß gegen die Begründungspflicht in § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO», NWVB (12), 1996, pp. 461 ss.; G. C. BURMEISTER, «Der einstweilige Rechtsschutz des Nachbarn gegen Baugenehmigungen im Lichte verwaltungsprozeß- und baurechtlicher Novellierungen», NordÖR (9), 1999, pp. 330 ss.; H. GÜNTHER, «Gerichtlicher Vollziehbarkeitsaufschub vor Erheben von Widerspruch?», DÖD (6), 1999, pp. 121 a 144; M. KALTENBORN, «Die formellen Anforderungen an eine Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit gem. § 80 Abs. 2 Sats 1 Nr 4, Abs. 3 VwGO», DVBl (15. Juni), 1999, pp. 828 ss.; W.-R. SCHENKE, «Probleme der Vollziehungsanordnung gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, § 80a Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 VwGO», VerwArch, 2000, pp. 587 ss.; C. LOOS, «Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsrecht: Das Verfahren nach § 80 VwGO», JA (8-9), 2001, pp. 698 ss.

⁽⁹⁹¹⁾ Neste sentido, por todos, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I)...», cit., esp. pp. 676 a 680; F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil II)...», cit., esp. p. 39; F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)...», cit., esp. p. 320.

tiver actuado preventivamente por razão do interesse público, sendo que, neste caso, se pressupõe que, existindo uma ameaçada de perigo na demora, a decisão em causa é qualificada como decisão de urgência, uma vez que é suposto que a mesma foi adoptada para obstar a um prejuízo iminente para a vida, saúde ou propriedade.

Porém, cumpre, finalmente, reconhecer que, nestes casos, este regime especial de decretamento de tutela provisória contempla ainda a possibilidade de o particular solicitar ao juiz que decide a questão de fundo, antes mesmo de accionar a acção anulatória, que ordene a suspensão total ou parcial da eficácia do acto que incide sobre as matérias em relação às quais o ponto 2 do § 80 exclui o efeito suspensivo, sendo também possível requerer ao juiz que restabeleça, com eficácia retroactiva, na totalidade ou em parte, o efeito suspensivo (§ 80.5 da VwGO), sendo que, neste casos, se integram as situações cuja exclusão da suspensão da eficácia resultou da decisão fundamentada do autor do acto (ou do órgão que reapreciou o acto em sede de recurso) ⁽⁹⁹²⁾. Neste contexto, cumpre dizer que, nos termos do § 80.5 da VwGO, a decisão de restabelecimento do efeito suspensivo pode incluir a imposição de prestação de uma garantia ou outro tipo de condições, incluindo um termo ⁽⁹⁹³⁾.

No que respeita à suspensão da eficácia de um acto de duplo efeito («*Verwaltungsakte mit Doppelwirkung*»), a lei processual administrativa prevê um regime especial no § 80a da VwGO. Ainda assim, cumpre ter em conta o que já se apontou no contexto dos pontos 1 e 2 do § 80. Tratando-se de actos de duplo efeito, cumpre distinguir, em primeiro lugar, duas situações, a saber: a que respeita ao acto individual que cria um benefício ao seu destinatário e a situação do acto que cria uma obrigação ao seu destinatário e cria benefícios a terceiros. Ora, tratando-se do primeiro caso, isto é, de actos individuais que se dirigem a uma pessoa e que criam em seu benefício um direito, cumpre notar que, sendo possível a um terceiro impugná-lo administrativamente e, nos termos do ponto 1 do § 80a, ficando automaticamente suspensa a eficácia do acto, a lei processual administrativa admite, contudo, que a entidade

⁽⁹⁹²⁾ Sobre a diversa bibliografia que versa sobre este tema, vd., por exemplo, L. PAREJO ALFONSO, «La tutela judicial cautelar...», cit., pp. 198 ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción...*, cit., pp. 216 ss.; M. BACIGALUPO, «El sistema de tutela cautelar...», cit., pp. 418 a 442; G. HÄRING, «Aspetti del giudizio cautelare tedesco...», cit., pp. 45 a 48.; W. HANISCH, «I provvedimenti di urgenza...», cit., pp. 66 a 88; K. PLATZ, «La tutela cautelar...», cit., pp. 71 a 77; B. PETER, «Spécificités au regard...», cit., pp. 185 a 213, esp. pp. 186 a 201; M. MOUZOURAKI, *L'efficacité des décisions...*, cit., pp. 27 ss.

⁽⁹⁹³⁾ Neste sentido, por todos, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I)...», cit., esp. p. 672; IDEM, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil II)...», cit., pp. 371 ss., esp. p. 38.

administrativa ordene a execução imediata do acto a pedido da pessoa em relação à qual ele criou o benefício (*ex vi* do § 80, ponto 2, n.º 4). E, nas hipóteses referenciadas no § 80, ponto 4, isto é, quando o autor do acto ou o órgão que reaprecia o acto em sede de recurso administrativo prévio decidem a favor da imediata execução do acto, cumpre igualmente notar que, tratando-se de um acto de duplo efeito, se admite que o tribunal ordene a suspensão da eficácia do acto, a pedido de um terceiro, ou que emita medidas conservatórias para preservar os direitos de terceiros. Já no que respeita ao segundo caso, isto é, situação referente a actos individuais que criam obrigações em relação à pessoa a que se dirigem e que criam benefícios a favor de terceiros, cumpre notar que, no caso da pessoa em causa ter impugnado tal acto e daí ter decorrido o efeito suspensivo automático, é ainda assim possível que a entidade administrativa em causa ordene, a pedido de terceiros, a execução imediata do acto, *ex vi* do § 80, ponto 2, n.º 4. Em qualquer caso, nestes dois tipos de casos ou situações, o tribunal pode modificar, anular ou ordenar as medidas que entenda, no termos do § 80a, ponto 3, aplicando o disposto no § 80, pontos 5 a 8.

Fora destas situações, por não estar em causa a impugnação administrativa de um acto administrativo e por não ter sido accionada a respectiva acção impugnatória («Anfechtungsklage») e por não estar em causa o processo de apreciação de normas, a tutela provisória a decretar segue o regime constante do § 123.1 da VwGO. Assim, quando o requerente acciona a título principal uma *Verpflichtungsklage* ou uma *Leistungsklage* ou também quando propõe uma acção declarativa (*Feststellungsklage*) pode fazer acompanhar o seu processo principal de um processo acessório tendente a obter a emissão de uma decisão judicial provisória⁽⁹⁹⁴⁾. Por conseguinte, ao abrigo do regime constante do § 123 da VwGO é possível emitir dois tipos de decisões de urgência, sendo que cada uma delas realiza diferente função. Consagrando nele o princípio do *numerus apertus*, aquele preceito permite a emissão de duas modalidades de *ordens provisórias*, sendo que a emissão de uma ordem simplesmente conservatória ou de uma decisão reguladora-antecipatória depende do tipo de urgência (tendo em conta o prejuízo que decorre da demora do processo) em causa invocada e do tipo de efeito que se pretende provocar no *status quo* sob que incide a causa principal, conforme o previsto no § 123.1, 1.ª parte e 2.ª parte, e de acordo com os normativos da lei processual civil, para qual o primeiro remete. Na realidade, a este propósito, cumpre notar que a emissão das decisões de urgência no contencioso administrativo se rege fundamentalmente pelas normas constantes da lei processual civil. Com efeito, *ex vi* do § 123.3 da VwGO,

(994) Por todos, vd. K. PLATZ, «La tutela cautelare...», cit., p. 69.

aplica-se ao processo de emissão das ordens provisórias o regime constante dos §§ 920 a 945 da ZPO, incluindo o § 938 onde está consagrado o princípio da atipicidade das decisões de urgência provisórias ⁽⁹⁹⁵⁾.

O modelo cautelar consagrado no § 123.1 da VwGO prevê a adopção da *Sicherungsanordnung*, que visa manter o estado de coisas («Sicherung des status quo» ou «Sicherung eines bestehenden Zustands»), e da *Regelungsanordnung*, que visa modificar um estado de coisas ou ampliar um posição jurídica («Erweiterung des status quo» ou «Begründung einer Rechtsposition») ⁽⁹⁹⁶⁾, sendo que a primeira se assemelha à providência cautelar de natureza conservatória e a segunda corresponde à providência cautelar de natureza antecipatória, actualmente, previstas entre nós no CPTA. De qualquer modo, cumpre esclarecer que ambas cumprem no contencioso administrativo uma função instrumental perante a efectividade do processo principal e por isso a provisoriedade é sempre compreendida numa perspectiva funcional. É certo que esta função instrumental se desdobra numa função asseguradora ou conservatória e numa função realizadora interina do direito — ou, para invocar a própria terminologia, tais medidas cumprem uma *Sicherungsfunktion* e uma *interimistische Befriedungsfunktion* ⁽⁹⁹⁷⁾ —, não sendo sempre fácil, ainda assim, distinguir um tipo de medidas do outro ⁽⁹⁹⁸⁾.

Ainda assim, reforçando a mesma ideia, as decisões provisórias de urgência são tendencialmente distinguíveis pela função que concretizam ⁽⁹⁹⁹⁾. A *ordem asseguradora* ou conservatória (*Sicherungsanordnung*) visa manter e preservar um determinado *status quo* (*Erhaltung des status quo*). Esta pretensão

⁽⁹⁹⁵⁾ Assim, neste sentido, vd. F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 6, p. 1818; C. KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in der VwGO...*, cit., ns. ms. 11 a 16 ss., pp. 192 a 193; W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 1025 ss., pp. 321 ss.; F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., § 33, n. m. 1, pp. 539 ss.; W. SCHMITT GLAESER, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., n. m. 317, pp. 201 a 202. Por todos, vd. F. SCHOCH, «Einstweilige Anordnung», in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, herausgegeben von P. BADURA/H. DREIER, Tübingen, 2001, pp. 695 ss.

⁽⁹⁹⁶⁾ Exactamente neste sentido, F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 13 e 14, pp. 565 e 566; F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., ns. ms. 6 a 9, pp. 1443 e 1444.

⁽⁹⁹⁷⁾ Por todos, e para uma síntese, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I)...», cit., pp. 671 ss., esp. p. 673.

⁽⁹⁹⁸⁾ Talvez seja por causa desta dificuldade que os tribunais tenham desistido de proceder a esta distinção. Com efeito, F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE (*Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., p. 1443) afirmam no seu comentário à VwGO que «in der Praxis wird die Unterscheidung von Sicherungsanordnungen und Regelungsanordnungen vielfach nicht klar vorgenommen; vor allem die Gerichte stützen einstweilige Anordnungen meist, ohne zu differenzieren, auf Abs. 1 S 1 und 2».

⁽⁹⁹⁹⁾ Sobre este assunto, por todos, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)...», cit., pp. 318 ss., esp. pp. 325 ss.

de manter inalterado o *quid* que é objecto da causa principal justifica-se quando, por existir o risco de alteração do estado de coisas, enquanto o requerente aguarda a decisão final para a causa, venha a ser impossível ou sensivelmente mais difícil a realização do seu direito ⁽¹⁰⁰⁰⁾ (nos termos do § 123.1, 1.ª parte). Já a *ordem reguladora* (*Regelungsanordnung*) é emitida quando o particular pretende mais do que simplesmente salvaguardar um determinado estado de direito ou de facto. E assim, esta decisão judicial de urgência, prevista no § 123.1, 2.ª parte, permite modificar, inovar ou ampliar o *status quo ante* (*Veränderung des status quo*), uma vez que se entende que, neste caso, há urgência em se proceder à regulação de uma situação provisória, antecipando para ela os efeitos da decisão principal. Assim, através desta decisão judicial de urgência antecipatória, o juiz regula de forma provisória determinada situação jurídica relativa à relação litigiosa existente, antecipando para essa situação uma composição judicial provisória. Esta regulação interina deve mostrar-se necessária, o que especialmente acontece no contexto de relações jurídicas duradoiras, para impedir a formação de um prejuízo substancial ou de modo a obstar à consumação de uma violência iminente ou ainda por outras razões ⁽¹⁰⁰¹⁾. Como se apontou, normalmente nem a jurisprudência nem a doutrina distinguem de forma uniforme as duas modalidades de *ordens* provisórias. Aliás, a jurisprudência, na maioria dos casos, fundamenta a decretação de uma medida solicitada no § 123.1 da VwGO, sem distinguir se emite uma *Regelungsanordnung* ou uma *Sicherungsanordnung* ⁽¹⁰⁰²⁾. Todavia, a doutrina maioritária é da opinião de que elas se distinguem conforme o tipo de efeito que produzem no *status quo* existente ⁽¹⁰⁰³⁾. Por conseguinte, atra-

⁽¹⁰⁰⁰⁾ Neste sentido, C. KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in der VwGO ...*, cit., ns. ms. 11 a 16, pp. 192 a 193; W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 1025 ss., pp. 321 ss.; T. WÜRTENBERGER, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 544 ss., pp. 241 ss.; F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., n. m. 13, p. 572.

⁽¹⁰⁰¹⁾ Para uma consideração desenvolvida, vd. K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 173 ss., pp. 81 ss.; F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)...», cit., esp. pp. 325 ss.

⁽¹⁰⁰²⁾ F. SCHOCH (*Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 50) distingue uma da outra conforme os seus efeitos. No seu entender, enquanto que a *ordem* asseguradora visa assegurar (conservar) um *status quo*, a *ordem* reguladora serve para alterar (provisoriamente) esse *status quo*. O autor considera que o pedido de urgência para emissão de cada uma delas deve ser fundamentado de forma diferente. No primeiro caso, deverá fundamentar-se na conservação de uma posição jurídica («*Erhaltung einer Rechtsposition*»), no segundo caso, o pedido deve ser fundamentado na ampliação de uma posição jurídica («*Einräumung oder Erweiterung einer Rechtsposition*»).

⁽¹⁰⁰³⁾ Neste sentido, por todos, vd. M. BACIGALUPO, «El sistema de tutela cautelar...», cit., pp. 445 a 446; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción...*, cit., p. 287, nota 281.

vés da *ordem asseguradora*, o juiz cautelar dará tutela provisória a situações que constituem o objecto litigioso, ameaçadas de modificação ou alteração, com a consequente frustração da realização do direito do requerente. Esta modalidade de *ordem* provisória é adequada para proteger o requerente que, na espera da decisão de fundo a proferir numa acção principal destinada a condenar a Administração a abster-se de praticar uma actividade material lesiva, corre o risco de sofrer antecipadamente a execução ilegal pela Administração, de tal forma que a situação de facto ilegalmente constituída muito dificilmente poderá vir a ser reversível, ainda que a sentença venha a ser favorável ao requerente. Neste contexto, pode dizer-se que há uma semelhança estrutural e funcional entre a *Sicherungsanordnung* e a *aufschiebende Wirkung* ⁽¹⁰⁰⁴⁾. Enfim, através da *ordem* provisória asseguradora ou conservatória pode ordenar-se à Administração que suspenda a realização de trabalhos e obras públicas, que suspenda uma ordem de expulsão de um estrangeiro do território nacional, e que suspenda certos trabalhos de construção de um imóvel, cuja licença foi impugnada por terceiros vizinhos (isto, no caso da Administração se encontrar em omissão). E, enfim, é através da *Sicherungsanordnung* que se garante no contencioso administrativo uma tutela jurisdicional preventiva, pois, através deste tipo de ordem consegue evitar-se a lesão iminente de uma posição substantiva.

Já pelo contrário, a *Regelungsanordnung* é a *ordem* adequada para soliciar a condenação antecipada da Administração na prática de certa conduta positiva, designadamente na prática de um acto administrativo negado, ou na realização de certa prestação de natureza material, já que esta *decisão de urgência provisória* é a mais adequada para antecipar os efeitos das decisões de fundo ⁽¹⁰⁰⁵⁾. Com efeito, esta modalidade de *ordem* provisória concretiza uma função *reguladora* pela qual o juiz dá um tratamento jurisdicional interino a um estado ou a uma situação jurídica respeitante a uma relação litigiosa

⁽¹⁰⁰⁴⁾ F. SCHOCH (*Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 50) refere que existe um paralelismo estrutural entre o objectivo da *Sicherungsanordnung* (conservação provisória de um estado jurídico) e a *aufschiebende Wirkung* que também serve o interesse provisório de suspensão. Mas existe também uma equivalência funcional entre elas, na medida em que cada uma delas tem a função de manter um *status quo*. Através da *aufschiebende Wirkung* consegue-se que a intervenção hipotética do acto fique paralizada, através da primeira, o juiz impede que aconteçam as alterações sobre o *status quo* resultantes de outro tipo de actuações administrativas (diferentes de um acto administrativo).

⁽¹⁰⁰⁵⁾ Segundo F. SCHOCH (*Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 51) não fará sentido a criação de uma *Leistungsanordnung* para tutelar estas pretensões, pois a *Regelungsanordnung* permite dar resposta a pretensões deste género. Cfr. C. KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in der VwGO...*, cit., n. m. 15, p. 193.

existente entre as partes, aplicando, assim, o direito material antecipadamente. De facto, a *ordem* reguladora realiza provisoriamente o direito material, ao satisfazer, em termos interinos, a pretensão jurídica do requerente. Através da *Regelungsanordnung*, o juiz administra o direito material à situação litigiosa e, interferindo como a posição substantiva do particular, amplia-a antes do tempo, produzindo a satisfação interina do seu direito ou da sua pretensão jurídica (1006). Assim, a *ordem* provisória reguladora é a decisão judicial adequada para alcançar determinados resultados antes do tempo, tal como a inscrição provisória de um aluno numa universidade, a realização (e repetição) de um exame escolar, a passagem provisória de um certificado de habilitações, a nomeação de um funcionário público, a incorporação de um médico no quadro de funcionários públicos (ou a sua transferência para local diferente), a concessão de uma licença e a autorização provisória de permanência de um estrangeiro no país. Assim, através desta modalidade de decisão urgente é possível condenar uma entidade pública na prestação de cuidados, designadamente de cuidados de saúde ou de educação, bem como é possível intimar uma entidade local a ceder um espaço para que certo grupo político realize um comício, durante um momento de campanha eleitoral (1007).

Enfim, bem sabemos que no sistema alemão o decretamento das decisões provisórias de urgência deve obedecer a certos limites — limites que, como veremos melhor na segunda parte de trabalho, decorrem das características da instrumentalidade e da provisoriedade da categoria da tutela jurisdicional em causa. E, por isso mesmo, no contexto do respeito pela provisoriedade, a jurisprudência e a doutrina tradicionais vinham obstando à possibilidade de o juiz emitir certas *ordens* provisórias reguladoras com certo conteúdo, sendo que foi negada a possibilidade de se alcançar através da ordem provisória o efeito pretendido na acção principal, tal como a entrega de um bem, a realização de uma prestação, ou a prática de um acto favorável (v. g. a concessão da licença de construção), quando tais pretensões fossem exactamente as pretensões a reconhecer na causa principal. Aliás, cumpre dizer que tal entendimento jurisprudencial e doutrinário teve sobretudo como justificação a defesa dos poderes discricionários da Administração (1008).

(1006) Quanto a esta posição, vd., em síntese, H. HUBA, «Grundfälle...», cit., p. 983; F. SCHOCH, «Grundfragen...», cit., p. 157.

(1007) Exemplos de jurisprudência citada por F. SCHOCH (*Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., ns. ms. 56, 57) e por K. FINKELNBURG/K. P. JANK (*Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 142 ss., pp. 64 ss.).

(1008) Sobre este tema, F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 14, p. 1447; C. KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in der VwGO...*, cit., ns. ms. 67 a 79, pp. 209 ss., esp. ns. ms. 72 a 79, p. 213; K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*,

Contudo, como veremos, mais recentemente, estes limites foram sendo suavizados à luz do princípio da tutela jurisdicional efectiva, constante do artigo 19.º, n.º 4, da GG.

Como se percebe, *ex vi* do § 123. 3, o juiz administrativo goza de uma margem relativamente ampla no que concerne à fixação do conteúdo de uma *einstweilige Anordnung*, tanto mais que nos termos do § 938 da ZPO vigora a este respeito o princípio da atipicidade das medidas provisórias de urgência. Todavia, também é sabido que tão amplo poder não corresponde à concessão de um poder materialmente de tipo administrativo. Bem pelo contrário, a concretização desse poder insere-se numa actividade verdadeiramente jurisdicional⁽¹⁰⁰⁹⁾. De qualquer modo, esse poder discricionário deixa de existir no que respeita ao momento de apreciação das condições de procedência de uma *ordem provisória*, sendo certo, contudo, que a jurisprudência e a doutrina alemãs vão aplicando as disposições legais com muita flexibilidade, sendo raro encontrar posições absolutamente unânimes quanto a este assunto⁽¹⁰¹⁰⁾. Com efeito, nos termos do § 123.1 da VwGO, as condições de procedência da ordem provisória (*die Begründetheit einer einstweiligen Anordnung*) são duas, a saber: a existência de uma pretensão jurídica subjectiva, ou, por outras palavras, a existência de um direito subjectivo que sustente a pretensão principal e que é objecto do processo principal (o que vulgarmente se chama de *Anordnungsanspruch*) e a segunda respeita à existência de uma necessidade de protecção urgente (o que se apelida vulgarmente de *Anordnungsgrund*), sendo que este pressuposto pressupõe diferente invocação e justificação, dependendo do tipo de decisão judicial de urgência que se requer. Assim, para a emissão da ordem provisória conservatória será necessário justificar que há o risco de, durante a pendência da causa principal, ocorrer uma modificação do estado de coisas que impossibilite ou torne sensivelmente mais difícil a realização do direito do requerente. Já para a emissão da *Regelungsordnung* é necessário jus-

cit., ns. ms. 202 ss., pp. 95 ss.; W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 1034 ss., pp. 324 ss.; T. WÜRTEMBERGER, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., n. m. 550, pp. 243 e 244; F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 16 e 17, pp. 573 e 574.

⁽¹⁰⁰⁹⁾ Neste sentido, F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 3; W. SCHMITT GLAESER, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., n. m. 317, pp. 201 a 202.

⁽¹⁰¹⁰⁾ Para uma visão de conjunto, vd. F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., ns. ms. 25 e 26, p. 1456; C. KRÄMER, *Vorläufiger Rechtsschutz in der VwGO...*, cit., ns. ms. 37 a 65, pp. 200 ss.; K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 144 ss., pp. 65 ss., e ns. ms. 173 ss., pp. 81 ss.; W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 1032 e 1033, p. 323; T. WÜRTEMBERGER, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 545 a 549, pp. 242 e 243; F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 13 e 14, pp. 565 e 566.

tificar a necessidade da regulação provisória, designadamente, a necessidade de obstar à formação de prejuízos substanciais ou a uma violência iminente ⁽¹⁰¹¹⁾.

De resto, cumpre dizer que ambas as condições ou pressupostos de procedência das decisões provisórias são objecto de um exame sumário (*summarische Prüfung*), sendo que a primeira destas condições, aquela que é relativa à inovação do direito do requerente, pressupõe e exige que o juiz realize antecipadamente um juízo de prognose sobre as probabilidades de êxito do requerente na causa principal (*summarische Prüfung der Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache*) ⁽¹⁰¹²⁾. E, se durante muito tempo se foi negando esta possibilidade, a verdade é que, mais recentemente, não há como negar que, tratando-se fundamentalmente da análise do pressuposto jurídico referente à *Regelungsanordnung*, há, de facto, a necessidade de o juiz aplicar antecipadamente o direito material para a situação litigiosa, pressupondo um exame de conclusão quase completo. E esta metodologia justifica-se pela necessidade de evitar ao máximo a emissão de uma decisão antecipada errada. Não podemos, contudo, deixar de afirmar que esta questão não é pacífica, nem no seio da ciência alemã do direito processual administrativo nem no seio do direito processual civil, não obstante ser menos controversa hoje em dia. Sobre tal questão trataremos na segunda parte desta dissertação.

Finalmente, ainda a propósito das condições de procedência, há jurisprudência que vem aplicando uma terceira condição cumulativa de procedência das *ordens provisórias*, traduzida na ponderação cumulativa de interesses públicos e privados. E há igualmente doutrina que confirma a necessidade de adicionar àqueles pressupostos um terceiro que obriga à ponderação de interesses públicos e privados, pese embora tal pressupostos não decorrer do texto da lei. Cumpre também dizer que a metodologia de ponderação é variável, tal como é variável as vezes em que acontece, sendo mais frequente a realização da ponderação em face da emissão de *ordens*

⁽¹⁰¹¹⁾ No sentido de que os únicos pressupostos de emissão da ordem provisória são «o motivo relativo à necessidade da ordem provisória» e «o direito ou a pretensão jurídica» vai F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., ns. ms. 62 ss. O Autor julga não haver lugar para uma ponderação de interesses públicos e privados como «critério suplementar» de decretação das ordens provisórias. Revelando o sentido da jurisprudência administrativa, vd. K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 144 ss., pp. 65 ss., e ns. ms. 173 ss., pp. 81 ss., esp. ns. ms. 228, 229 e 230, p. 111.

⁽¹⁰¹²⁾ Neste sentido, W. SCHMITT GLAESER, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., n. m. 320, p. 204.; F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 64; K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 217 e 218, pp. 104 e 105.

provisórias que antecipam a solução para a causa principal e, especialmente, nas situações em que a antecipação é definitiva ⁽¹⁰¹³⁾.

De resto, cumpre dizer ainda a este propósito, que alguma jurisprudência tem vindo a acolher a ponderação de interesses enquanto condição subsidiária, isto é, enquanto pressuposto complementar de avaliação de decretamento da decisão. Assim, de acordo com tal entendimento, no caso de existirem dúvidas sérias quanto ao preenchimento da *Anordnungsanspruch*, isto é, perante a situação de dúvida relativa ao êxito da pretensão do requerente na causa principal (*Erfolgsaussichten in der Hauptsache*), considera-se aceitável que o juiz se possa socorrer de um critério de procedência da decisão de urgência, assumindo, assim, uma natureza subsidiária perante os demais previstos no texto do § 123.1 da VwGO. Este critério do balanço de interesses públicos e privados (*Interessenabwägung*) opostos surge como critério suplementar ⁽¹⁰¹⁴⁾ e justifica-se quando o juiz chega a um *non liquet* quanto à apreciação da condição do *Anordnungsanspruch*, o que pode emergir da impossibilidade de, através do juízo sumário, aferir qual das partes poderá vir a alcançar êxito na causa principal, devendo neste caso o terceiro critério de decretação servir como auxiliar, em termos que, ponderando todos os interesses em conflito, se deve evitar decretar a ordem provisória que cause efeitos desproporcionais à parte contrária ⁽¹⁰¹⁵⁾.

Importa, no entanto, notar que há doutrina que tem vindo a considerar que o juiz administrativo não possui qualquer poder discricionário no momento da apreciação dos pressupostos de procedência da *ordem*. Na verdade, ao contrário do juízo que se deve formular no contexto das normas aplicáveis à suspensão da execução de um acto administrativo, onde a ponderação dos interesses privados e públicos está sempre presente, no contexto do regime previsto no § 123.1 da VwGO, a emissão da tutela cautelar é «uma decisão de direito vinculado», quanto à apreciação dos pressupostos de decretação ⁽¹⁰¹⁶⁾. E, neste

⁽¹⁰¹³⁾ Para um entendimento mais desenvolvido, vd. K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 160 a 164, pp. 74 a 76. Cfr. a posição de F. HUFEN (*Verwaltungsprozeßrecht*, n. m. 15, p. 566) que defende a «Abwägungsentscheidung».

⁽¹⁰¹⁴⁾ Para um entendimento mais desenvolvido, vd. K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 160 a 164, pp. 74 a 76.

⁽¹⁰¹⁵⁾ W. SCHMITT GLAESER, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., n. m. 320, p. 204; vd., ainda, M. BACIGALUPO, «El sistema de tutela cautelar...», cit., p. 447, e GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción...*, cit., p. 295, nota, 302.

⁽¹⁰¹⁶⁾ Sobre esta questão, vd. F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., ns. ms. 62, 63, 64. Cfr. K.-P. SOMMERMANN («Le système des actions et la protection d'urgence dans le contentieux administratif allemand», *rfd*, 11, 1995, p. 1167). O Autor questiona a suficiência dos dois pressupostos fixados na lei e refere que o juiz administrativo pode proceder a um balanço de interesses, tal como o faz no âmbito da aplicação do § 80, ou seja, usando poder subjectivo de apreciação.

sentido, e por aplicação das normas da lei processual civil, mormente do § 920 *ex vi* do § 123.3 da VwGo, considera alguma doutrina que sempre que tais pressupostos sejam credíveis (*Glaubhaftmachung*) ou sempre que estejam fundamentadas as condições de decretação da tutela provisória (*Anordnungsanspruch e o Anordnungsgrund*), através de exame num *summarischen Aussetzungsverfahren*, o juiz não pode negar a tutela provisória, fazendo aplicar outros critérios de ponderação ⁽¹⁰¹⁷⁾. Aliás, SCHOCH considera que, neste quadro, não há lugar sequer para um balanço de interesses como critério suplementar de decretação da tutela cautelar (*keine zusätzliche Interessenabwägung*), uma vez que tal seria não só contrário à lei como também incongruente ⁽¹⁰¹⁸⁾. Afinal, para além de reduzir o conteúdo da lei, não faria sentido que, se depois de justificados os requisitos exigidos na lei, o juiz ainda viesse fazer depender a emissão de uma medida de um balanço de interesses públicos e privados. Tal como no seu entender, não faz qualquer sentido o raciocínio contrário, isto é, que se pondere os interesses em causa na ausência de clara aparência de probabilidade de êxito da pretensão do requerente.

Enfim, no sistema alemão, o juiz goza de um poder discricionário na conformação do conteúdo da *ordem*, pois, movendo-se no quadro traçado pelo § 938. da ZPO, para o qual remete § 123.3 da VwGO, ele poderá determinar o conteúdo e os efeitos da decisão de urgência em função do seu fim e do objectivo a realizar ⁽¹⁰¹⁹⁾. Quer isto dizer que, como já avançámos, o poder discricionário apenas se usa no «como» da tutela cautelar, ao contrário daquilo que se passa no contexto do regime da *aufschiebende Wirkung*, onde o juiz, gozando de um igual poder, apenas o labora no «se» da suspensão ⁽¹⁰²⁰⁾. De qualquer modo, a discricionariedade de que goza o juiz administrativo, ao determinar o «como» da ordem judicial urgente está apertada por alguns limites que denunciam os caracteres essenciais da instrumentalidade e da provisoriedade da *einstweilige Anordnung*. Com efeito, e em primeiro lugar, o princípio que proíbe a antecipação da decisão de fundo (*Dogma des Verbots*

⁽¹⁰¹⁷⁾ F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 151 e n. m. 64.

⁽¹⁰¹⁸⁾ Nas suas palavras, «§123 normiert die Voraussetzungen abschließend, unter denen ein Eilantrag begründet ist und die einstweilige Anordnung ergeht. Eine zusätzliche, nach der Bejahung von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund erfolgende Interessenabwägung, wie sie in Rechtsprechung und Schrifttum postuliert wird, ist mit dem geltenden Recht nicht vereinbar». Vd. F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 65.

⁽¹⁰¹⁹⁾ Neste sentido, F. SCHOCH (*Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 65) afirma que «Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind».

⁽¹⁰²⁰⁾ Sobre este assunto, vd. K.-P. SOMMERMANN, «Le système des actions...», cit., p. 1167; S. GONZÁLEZ-VARA IBÁÑEZ, *La jurisdicción...*, cit., p. 294; M. BACIGALUPO, «El sistema de tutela cautelar...», cit., p. 448.

der Vorwegnahme der Hauptsache) é aquele que mais condiciona o conteúdo da decisão provisória, uma vez que este tem de cumprir a provisoriedade. E, como sabemos e veremos melhor na segunda parte da tese, lentamente, tanto no contexto da dogmática do processo civil como na dogmática do processo administrativo, o princípio foi sendo casuisticamente limitado, tendo sido mais recentemente quase anulado ⁽¹⁰²¹⁾. Um outro limite aos vastos poderes do juiz das medidas provisórias é o que resulta do princípio que determina que haja uma identidade entre a decisão provisória e a decisão de fundo, quanto aos seus efeitos, sendo que a primeira não deve exceder a segunda, visto que o juiz da ordem provisória não pode conceder ao requerente mais do que o juiz da causa principal ⁽¹⁰²²⁾.

Em contas simples, tradicionalmente entendeu-se que o juiz das decisões provisórias só poderia emitir decisões conservatórias, isto é, decisões que raramente deveriam atingir a questão litigiosa, em termos que esta deveria ficar por pré-julgar ⁽¹⁰²³⁾. Claro está que, pouco a pouco, se foi admitindo tanto na jurisprudência como na dogmática que através da *Regelungsanordnung* fosse permitido um pré-julgamento da questão litigiosa. Aliás, tal foi-se mesmo configurando como inevitável ⁽¹⁰²⁴⁾. E, neste contexto, aquele princípio passou a significar que a decisão de mérito ou a questão de fundo pode ser pré-julgada apenas na condição de permitir a emissão de uma decisão provisória, isto é, uma decisão reversível, sendo que o conceito de provisoriedade pressupõe que a ques-

⁽¹⁰²¹⁾ Uma das críticas ao princípio foi elaborada por F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1988, pp. 1395 ss.

⁽¹⁰²²⁾ Sobre este conceito da tutela provisória como sendo um *aliud* e um *minus* perante a sentença principal, trataremos na segunda parte desta dissertação.

⁽¹⁰²³⁾ Há doutrina que, fazendo uma interpretação cautelosa do princípio referido, se manifesta em sentido contrário à possibilidade de o juiz cautelar interferir na questão de fundo, seja a que título for, provisório incluindo. Assim mostra-se reticente à possibilidade do juiz cautelar decidir sobre uma concessão de licença de construção ou a admissão de um aluno numa universidade, dado que estas decisões são exactamente as questões submetidas ao juiz principal. Decidir sobre isto, ainda que seja a título provisório, significa deixar vazia a questão principal. Ora, como referem EYERMANN/FRÖHLER (*apud* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción...*, cit., pp. 290 a 291, esp. nota 292): «Das Institut — die einstweilige Anordnung — darf nicht dazu missbraucht werden, den Hauptsacheprozess von vornherein leerlaufen zu lassen», isto é, deixaria sem objecto a questão litigiosa. Vd., por todos, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción...*, cit., pp. 290 a 291, esp. notas 290 a 293.

⁽¹⁰²⁴⁾ O conceito de antecipação é dos mais complicados de precisar, a propósito da tutela jurisdicional de urgência provisória. A doutrina distingue vários tipos de antecipação: a provisória e a definitiva, a antecipação de facto e a antecipação de direito, a antecipação parcial e a antecipação total. Sobre este tema, vd. K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 203 ss., pp. 95 ss., esp. n. m. 204, p. 95, n. m. 207, p. 98, n. m. 209, p. 100. Trataremos esta questão no II capítulo da Parte II desta dissertação.

tão litigiosa permanece aberta, devendo esperar-se a solução definitiva para a causa, o que acontecerá no momento em o juiz da causa principal vier definitivamente decidir sobre ela.

Em muito se deveu ao estudo de SCHOCH a clarificação do que deve entender-se por decisão provisória perante o princípio que proíbe a antecipação da decisão da causa principal, tendo aquele trabalho contribuído, pois, para apurar o conceito de provisoriedade nas suas duas vertentes: tanto na da cognição, como na de produção de efeitos irreversíveis (1025). E claro está, este princípio nem sempre é posto em causa quando o juiz da *einstweilige Anordnung* interfere ou *se intromete* na questão principal (*Übergreif auf Hauptsacheentscheidung findet statt*). E assim é se a intromissão acontecer provisoriamente. Assim, a inscrição provisória de certo aluno numa turma, a autorização provisória para repetição de um exame, a nomeação provisória de um funcionário, o pagamento antecipado de uma quantia e o licenciamento antecipado de uma actividade podem ser pronunciadas através da *Regelungsanordnung* (1026). De qualquer modo, a doutrina foi admitindo excepções ao *Dogma des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache*, fazendo-o por aplicação do artigo 19.º, n.º 4, da GG, sendo que, inicialmente, os casos em que foi sendo permitida a intromissão na causa principal eram muito raros (1027).

(1025) Neste sentido, para uma síntese, vd. F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., pp. 1395 ss.; IDEM, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)...», cit., p. 326.

(1026) Vd. F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 156. Para mais desenvolvimentos, vd. K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 215 ss., pp. 104 ss.

(1027) As excepções normalmente consideradas pela doutrina referem-se a situações raras e decorrem duma especial urgência e da ameaça de produção de um prejuízo significativo, bem como pressupõem uma conseqüente inadequação do meio principal para garantir a tutela jurisdicional em tempo útil. A doutrina não tem vindo a apontar critérios seguros para distinguir estas situações de urgência, contudo, tem identificado grupos de situações para as quais a antecipação é permitida. É possível apontar, em primeiro lugar, a existência de uma situação carente de tutela que está sujeita a um prazo determinado ou fixo, sendo que a tutela deve ser exercida nesse prazo (tratando-se, nomeadamente, de questões relacionadas com eleições, conferências, licença de caça para certo prazo, abertura do ano escolar e exames escolares). Em segundo lugar, consideram-se os casos relativos à existência pessoal, social e profissional de alguém. Estão entre os exemplos as situações em que se necessita de uma prestação social necessária para salvaguardar a sobrevivência de alguém (ou de uma família) ou para garantir um nível mínimo de subsistência, como também, situações relativas à educação e formação profissional. Assim, pode autorizar-se a antecipação do pagamento de uma quantia ou a autorização para que certo aluno repita um exame escolar ou para que um funcionário frequente um curso profissional. Em terceiro lugar, contam-se situações respeitantes à economia pessoal do requerente, como por exemplo as medidas relativas à abertura e ao funcionamento de certos serviços ou estabelecimentos, a autorização ou licença de instalação e funcionamento de certa actividade privada ou certo negócio privado. Sobre este assunto, vd. FRANK/LANGREH, BOSCH/SCHMIDT (*apud* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La juris-*

Como apontámos, SCHOCH deu um novo entendimento a este princípio, tendo-o compreendido de forma coerente e de acordo com o *indirizzo* presente no artigo 19.º, n.º 4, da GG ⁽¹⁰²⁸⁾. O autor veio distinguir as diferentes formas de antecipação, sendo que considerou a antecipação como absolutamente necessária para que o juiz realize a sua função, quer quando assegura o efeito útil da sentença principal quer quando realiza interinamente a pretensão jurídica subjectiva do requerente. É, alias, por causa desta última função cautelar, que permite regular provisoriamente uma relação litigiosa, que a antecipação se assume como um modo *normal* e *necessário*, já que visa repartir, entre as partes, os riscos e as perdas que a demora do processo lhes pode causar. A antecipação resulta da *interferência* e *intromissão* na questão litigiosa submetida ao juiz da causa principal («*Übergriff auf Hauptsacheentscheidung findet statt*»), que o juiz cautelar é obrigado a realizar e que é inevitável. Não permitir a antecipação dos efeitos da decisão é negar a natureza da tutela provisória, é actuar de forma «cega» («*blind*») ⁽¹⁰²⁹⁾ e contrária ao princípio da tutela jurisdicional efectiva. Este princípio não pode ser eleito como um princípio geral de direito processual cautelar ⁽¹⁰³⁰⁾. Aliás, HUBA defende que o dogma que proíbe a antecipação da causa é falso, é errado («*verfehlt*»), pois a intromissão na causa principal é necessária e válida quando os efeitos antecipados forem reversíveis para futuro ⁽¹⁰³¹⁾. Também SCHOCH considera que ao juiz da medida provisória sempre é permitido antecipar certos efeitos da sentença principal de forma interina e provisória ⁽¹⁰³²⁾. No seu entender, o dogma deve ser interpretado no sentido de que é proibida a emanação de uma *einstweilige Anordnung* que prive o processo principal

dicción..., cit., pp. 292 a 293). A propósito de outra ordem de prioridades de situações de urgência, vd. T. WÜRTEMBERGER, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 550 e 551, pp. 243 e 244; F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., ns. ms. 16 e 17, p. 567. E, desenvolvadamente, vd. K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., n. m. 225, p. 109.

⁽¹⁰²⁸⁾ Para uma síntese, vd. F. SCHOCH, «Grundfragen...», cit., esp. p. 172. No mesmo sentido, vd. H. HUBA, «Grundfälle...», cit., esp. p. 985.

⁽¹⁰²⁹⁾ F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung ...*, cit., n. m. 149.

⁽¹⁰³⁰⁾ Como escreve F. SCHOCH (*Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 149): «Es kann daher mitnichten ein ‘Grundsatz des allgemeinen Prozeßrechts’ sein».

⁽¹⁰³¹⁾ H. HUBA, «Grundfälle...», cit., esp. p. 986.

⁽¹⁰³²⁾ No entender de F. SCHOCH (*Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 149), há sempre uma antecipação quando o juiz decreta tutela provisória, ainda que seja através da suspensão automática. Aliás, no que se refere à «*aufschiebende Wirkung*» esta constitui «(...) *die Vorwegnahme der Hauptsache*» enquanto «(...) *Normalfall*» — ou seja, a antecipação da causa principal acontece sempre. E, nestes casos, há sempre uma composição provisória para a situação jurídica: «Die gemeinsame rechtliche Wirkung von Sicherungsanordnung, Regelanordnung und aufschiebender Wirkung liegt in einer vorläufigen Gestaltung der Verhältnisse».

de objecto (1033). Por outras palavras, para SCHOCH, o juiz cautelar apenas está proibido de decidir de forma totalmente definitiva a questão subjacente no processo principal (1034). Esta proibição tem sentido quando o juiz cautelar decreta uma *einstweilige Anordnung* que sabe, à partida, que terá efeitos de direito que jamais podem ser apagados pelo juiz da causa principal (1035). Por conseguinte, e em síntese, no entender do autor, quando se verificarem as condições de decretação da medida cautelar («Anordnungsanspruch» e o «Anordnungsgrund») só ocorrerá uma intromissão proibida e ilegítima na causa principal se a medida decretada tiver um efeito juridicamente impossível de anulação e, por consequência, deixar a acção principal sem utilidade, isto é, «vazia» de objecto (1036).

Ainda assim, SCHOCH considera legítima, em certos casos, a antecipação definitiva. E, assim, considera que esta interdição deve ser afastada em situações especiais de urgência, uma vez que só estas devem passar a ser as verdadeiras excepções ao princípio da proibição de antecipação da decisão para a causa principal, já que se aceita que nestes casos seja uma *ordem provisória* a decidir definitivamente a questão, por se mostrar, no caso concreto, como a única via processual para obstar à perda irreparável («*unwiederbringlicher Rechtsverlust*») do direito. E esta é uma solução conforme com o princípio da tutela jurisdiccional efectiva (1037). Entre as situações de urgência especial estão aquelas em que

(1033) Na verdade, esta é uma das mais importantes conclusões a que chegou F. SCHOCH no seu amplo estudo sobre a protecção jurisdiccional urgente e provisória (*Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., pp. 1408 e 1409): a perspectiva bidimensional do risco causado pelo factor tempo e a possibilidade de decidir definitivamente de facto sobre uma situação de urgência, quer quando decreta a providência, quer quando a rejeita, não podem deixar de ser ponderadas pelo juiz, quando este visa proporcionar uma protecção efectiva. Sobre este assunto, pode ver-se a posição mais recente de F. SCHOCH na sua anotação ao § 123 VwGO, in: F. SCHOCH/E. SCHMIDT-ASSMANN/R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 148 e n. m. 155; IDEM, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)...», cit., pp. 326 e 327.

(1034) F. SCHOCH refere ainda que a antecipação produz efeitos parcialmente definitivos («*partiell endgültig*») para o espaço interino (*ob. cit.*, n. m. 148) ou «*partiellen Vorgriff auf die mögliche Hauptsacheentscheidung*» (*ob. cit.*, n. m. 149).

(1035) F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., ns. ms. 146, 147 e 148.

(1036) F. SCHOCH (*Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 157) escreve precisamente o seguinte: «*Dann wird die Hauptsacheentscheidung gegenstandslos, weil der angeordnete Zustand für die Zukunft irreversibel ist*».

(1037) F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., pp. 1408 a 1409. O Autor realça a errada perspectiva unidimensional com que a jurisprudência aprecia a necessidade da medida urgente para evitar uma situação irreversível. No seu entender, a irreversibilidade deve ser aferida com reciprocidade. Tem de existir um novo entendimento da relação tempo/irreparabilidade («*Zeit/Irreparabilität*»). As situações irreversíveis podem ocorrer, quer quando o juiz ordena a medida com certo conteúdo, quer quando o juiz a nega. Em alguns casos, perante a omissão do juiz, a passagem do tempo pode provocar a consumação dos factos e por si decidir a

se invoca uma pretensão cuja tutela judicial impõe a necessidade de o juiz fazer desencadear uma actuação administrativa imediata ou aquelas pretensões em relação às quais o tempo é um factor decisivo («*strikt zeitgebundene Verwaltungsmaßnahmen*»), em termos que decidindo antecipadamente a questão através da *einstweilige Anordnung* se cria uma situação de factos irreversíveis para o futuro, sendo que, se aceita tal tipo de decisão, uma vez que se pensa que seria impossível garantir a tutela judicial efectiva a não ser desse modo, decretando uma decisão irreversível para o futuro (1038).

Enfim, na falta de meios processuais que permitem legitimamente ordenar tal tipo de decisões antecipatórias definitivas, a doutrina vai discutindo a natureza jurídica de tal tipo de tutela pseudo-provisória (1039), sendo que para alguma doutrina a antecipação realizada é definitiva apenas de facto e não de direito (1040), pois a decisão é sempre provisória visto que é proferida sem que exista o verdadeiro julgamento da causa («*keine Anprüfung der Hauptsachefrage*»), havendo apenas a antecipação definitiva de facto (1041).

causa. Vd. F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 148 e n. m. 155 (nestes casos, entra em jogo o «Faktor Zeit»). Igualmente, H. HUBA, «Grundfälle...», cit., esp. pp. 986 e 987.

(1038) F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 155, p. 71. No mesmo sentido, utilizando a expressão «absolute Fixmaßnahmen», H. HUBA, «Grundfälle...», cit., p. 987. Sobre este assunto, mais recentemente tratado, F. SCHOCH («Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)...», cit., pp. 326 e 327) escreveu o seguinte: «Eine „Vorwegnahme der Hauptsache,, im Rechtssinne liegt demnach nur vor, wenn durch eine eAO irreversible Fakten für die Zukunft geschaffen werden, die eAO die Hauptsacheentscheidung also gegenstandslos macht. Das ist vor allem bei zeitgebundenen Maßnahmen der Fall (z.B. Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung an einem bestimmten Tag). Allein hier bedarf es des Rückgriffs auf Artigo 19 IV 1 GG, weil durch die eAO nicht nur eine vorläufige Maßnahme für den Interimszeitraum getroffen werden soll, sondern der anzuordnende Zustand für die Zukunft irreversibel wäre».

(1039) Sobre este assunto, e no que respeita ao problema, são três as questões formuladas: a) qual a relação entre protecção provisória e a principal; b) qual a relação entre a tutela provisória e o direito material; c) qual a natureza jurídica dos processos urgentes. Vd. F. SCHOCH, «Grundfragen...», cit., pp. 145 ss., esp. pp. 153 ss., considera que as respostas do sistema positivado e da dogmática são deficitárias.

(1040) Todavia, F. SCHOCH (*Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 154) considera que, a haver uma antecipação definitiva, ela será definitiva de facto e não de direito. Segundo SCHOCH, equivale «die getroffene Anordnung in ihren tatsächlichen Auswirkungen einer möglichen Hauptsacheentscheidung [gleichkommt]. Solche Effekte können mit jeder Interimsentscheidung verbunden sein. De jure liegt kein Vorgriff auf die Hauptsache vor». Neste mesmo sentido, H. HUBA, «Grundfälle...», cit., p. 986, e, como veremos na Parte II desta dissertação, D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., p. 216. Para uma crítica a esta concepção, vd. K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., n. m. 208, p. 99. Segundo FINKELNBURG/JANK, a posição criticada (também atribuída a JAKOBS, LEIPOLD, QUARITSCH e VOGG) transforma o processo cautelar num processo de antecipação de efeitos de natureza exclusivamente *de facto*, processo cuja decisão é um *minus* e um *aliud* face à sentença principal.

(1041) Neste mesmo sentido, H. HUBA, «Grundfälle...», cit., p. 987.

Para além da discussão de matriz meramente dogmática, o que fica é esta possibilidade aceite pela jurisprudência (1042). E, na verdade, se entre nós esta possibilidade não tinha grande tradição antes da reforma de 2002/2003, o mesmo já não se pode dizer da jurisprudência alemã (1043). De um modo geral, podemos dizer que a doutrina vem associando estas situações a certo tipo de casos, a saber: situações sujeitas a um período de tempo curto, ou que digam respeito a direitos que devam ser exercidos num prazo ou em datas fixas — questões conexas com uma eleição, incluindo campanhas eleitorais, situações decorrentes de limitações ao exercício de direitos, designadamente de reunião ou manifestação, num certo dia ou numa data próxima, actos ou comportamentos que devam ser realizados numa data fixa próxima ou num período de tempo determinado, como exames escolares ou uma frequência do ano lectivo. Podem incluir-se igualmente neste casos especiais de urgência situações de carência pessoal ou familiar, em que esteja em causa a própria sobrevivência pessoal de alguém. Casos relativos à situação civil ou profissional de uma pessoa podem constituir igualmente uma situação de urgência.

De qualquer modo, estando ausentes da *Verwaltungsgerichtsordnung* preceitos que permitam a verdadeira realização antecipada da causa, idênticos aos que agora integram o CPTA, a defesa de semelhantes situações de urgência é alcançada por via jurisprudencial. Os tribunais administrativos, no

(1042) Sobre este assunto, vd. F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 156; e, mais recentemente, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)...», cit., pp. 326 e 327.

(1043) Relativamente a este aspecto, a realidade alemã é bem mais fértil em casos em que o tema é discutido. Aliás, ainda recentemente os tribunais administrativos alemães foram chamados a decidir a causa principal através de uma *ordem provisória* (providência judicial sumária e provisória). Foi, de facto, através do instituto processual previsto no § 123 da VwGO que os *jovens simpatizantes* do NPD («Junge Nationaldemokraten»), promotores de uma manifestação marcada para o dia 08.05.2005, em Berlim, recorreram para as instâncias judiciais da decisão da entidade administrativa que impunha restrições ao traçado daquela manifestação, organizada sob o slogan «60 Jahre Befreiungslüge — Schluss mit dem Schuldskult», tendo a decisão do tribunal administrativo produzido uma antecipação definitiva da solução para a causa principal. Neste caso, o *Bundesverfassungsgericht*, por decisão de 06.05.2005, não considerou que a restrição de percurso imposta à manifestação pela entidade administrativa e pelo *Verwaltungsgericht*, traduzida na impossibilidade de a manifestação se realizar junto ao *Monumento de Homenagem aos Judeus Europeus Mortos (Denkmal für die ermordeten Juden Europas)*, constituísse uma violação do direito fundamental daquela organização. E também não constituía violação do seu direito fundamental a proibição de a manifestação terminar na *Praça 18 de Março*, uma vez que esta se situa junto do *Brandenburger Tor*, onde, à mesma hora, iria decorrer uma outra manifestação promovida pelo Senado, sob o slogan «Tag für Demokratie». A este propósito, vd. Beschluss vom 6. Mai 2005, 1 BvR 961/05, disponível in: www.bundesverfassungsgericht.de/bverfg_cgi/, em 03.06.2005.

âmbito do processo sumário das *ordens provisórias* (§ 123 da VwGO, relativo à *einstweilige Anordnung*), têm antecipado a decisão de fundo quando o consideram absolutamente necessário ⁽¹⁰⁴⁴⁾. Os tribunais aplicam directamente o artigo 19.º, n.º 4, da GG sempre que consideram que o princípio da tutela jurisdiccional efectiva, naquele artigo previsto, deixaria de ser realizado se no caso concreto fosse negada a medida provisória urgente com tal conteúdo antecipador. De resto, o direito à tutela jurisdiccional efectiva fundamenta o necessário afastamento do antigo princípio da proibição da antecipação da sentença principal («Dogma des Verbots einer Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung») ⁽¹⁰⁴⁵⁾, sendo que, quanto ao grau de prova, a jurisprudência considera suficiente a existência de um forte grau de probabilidade quanto ao sucesso da causa principal («ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg in der Hauptsache») ⁽¹⁰⁴⁶⁾.

No que respeita ao segundo princípio limitador, o juiz cautelar está impedido de conceder, a título provisório, algo que o requerente não alcançará a título definitivo ⁽¹⁰⁴⁷⁾. Portanto, dando cumprimento à característica de instrumentalidade, a decisão provisória deve corresponder aos efeitos previsíveis e *balizados* pelo *thema decidendum* da questão principal. Por conseguinte, o processo provisório não é concebido para proporcionar o que o requerente só pode obter pela sentença final. E muito menos deve o juiz provisório exceder a causa principal. A temática da limitação dos poderes do juiz da urgência ganha particular interesse quando referida ao controle do exercício de poder discricionário da Administração. A doutrina maioritária tem considerado que sempre que certo comportamento ou a prática de certo acto está envolvida em discricionariade e sempre que esta discricionariade se não encontra reduzida a zero

⁽¹⁰⁴⁴⁾ A doutrina tem vindo a sistematizar, com base em vários critérios, o conjunto de situações que podem especialmente beneficiar desta tutela definitiva urgente. Vd., para maiores desenvolvimentos, K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 202 ss., pp. 95 ss., e n. m. 225, pp. 109 ss.; F. SCHOCH em anotação ao § 123 da VwGO, in: F. SCHOCH/ E. SCHMIDT-ASSMANN/R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 148, pp. 67 e 68, e n. m. 155, p. 71. Vd. tb. F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., esp. n. m. 14, p. 1447, e, para maiores desenvolvimentos, ns. ms. 14a, 14b e 14c, pp. 1448 ss.

⁽¹⁰⁴⁵⁾ Neste sentido, para uma síntese, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)...», cit., pp. 326 e 327, onde escreve o seguinte: «Die in der Rechtsprechung so genannte “vorläufige Vorwegnahme” der Hauptsache (im Unterschied zur endgültigen Vorwegnahme der Hauptsache) sollte hingegen von der h. M. endlich als Normalfall der eAO vorbehaltlos anerkannt werden. Wird eine Rechtsposition mittels eAO vorläufig gesichert oder eingeräumt, dürfte dagegen nicht zu erinnern sein».

⁽¹⁰⁴⁶⁾ Neste sentido, F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung ...*, cit., esp. n. m. 14, p. 1447.

⁽¹⁰⁴⁷⁾ F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., ns. ms. 151 e 152.

(*Ermessensreduzierung auf Null*), isto é, sempre que, ao fim e ao cabo, se chega à conclusão que no caso concreto só resta uma solução à Administração, tal situação impede o juiz da urgência de ir mais longe nos poderes de pronúncia provisória. Neste caso, não se configurando uma única solução possível de acção (porque nesse caso haveria exercício de poder vinculado), não pode o juiz cautelar ordenar provisoriamente o comportamento pedido, ou a prática do acto solicitado, pois também o juiz o não pode fazer a título principal. Restarão somente ordenar à Administração que exerça de novo o poder, praticando um novo acto (ou que resolva o pedido do particular) sem reincidir na mesma ilegalidade, pois, no processo principal, a sentença a proferir não vai além de censurar a Administração para que pratique o acto ou realize o comportamento sem cometer as mesmas ilegalidades já censuradas pela sentença ⁽¹⁰⁴⁸⁾. Alguma doutrina minoritária tem vindo a alargar o alcance do processo provisório e o conjunto dos poderes do juiz da ordem provisória, no sentido de ser garantida uma tutela jurisdicional efectiva perante os poderes dicrionários da administração ⁽¹⁰⁴⁹⁾. De qualquer modo, e em jeito de conclusão, pode afirmar-se que a doutrina tem vindo a considerar que a decisão a proferir no processo cautelar não pode colocar provisoriamente o particular na situação *hipotética imaginada* pelo juiz, «sem segurança», correspondente à situação que eventualmente seria criada pela Administração no exercício do (verdadeiro) poder discricionário ⁽¹⁰⁵⁰⁾.

§ 3. «LA DURÉE» DO PROCESSO QUE VERSA SOBRE AS SITUAÇÕES-DE-URGÊNCIA: A PERSPECTIVA PORTUGUESA

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. Modelo aberto de processos de tramitação urgente. 2. Modelo aberto de *situações-de-urgência*, de *pretensões-de-urgência* e de *decisões-de-urgência*. 3. Modelo atípico, gerido por um *sujeito-jurisdicional-de-urgência*

0. Introdução

Cumprir começar por enunciar que o legislador consagrou entre nós, em 2002/2003, um modelo aberto de tramitação urgente, que integra tanto os pro-

⁽¹⁰⁴⁸⁾ M. BACIGALUPO, «El sistema de tutela cautelar...», cit., pp. 448 a 449, e, por todos, vd. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción...*, cit., pp. 294, nota, 299. Para mais considerações, vd. K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 236 ss., pp. 115 ss.

⁽¹⁰⁴⁹⁾ Neste mesmo sentido, vd. H. HUBA, «Grundfälle...», cit., p. 988; F. SCHOCH, «Grundfragen...», cit., esp. p. 173.

⁽¹⁰⁵⁰⁾ Para considerações de síntese, vd. K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 242 a 247, pp. 118 a 121; F. SCHOCH, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., ns. ms. 159 a 162.

cessos especiais previstos no Título IV do CPTA como os processos urgentes previstos no Título V, os denominados processos cautelares ⁽¹⁰⁵¹⁾. Contudo, a estes acrescem outros. E daí a abertura do modelo (1.). E neste sentido, cumpre dizer que este modelo assenta numa configuração aberta de *situações-de-urgência* e de *decisões-de-urgência* (2.). Finalmente, este modelo de urgência é fundamentalmente gerido por um *sujeito-jurisdicional-de-urgência*, dotado de poderes excepcionais (3.).

1. Modelo aberto de processos de tramitação urgente

Enfim, como se enunciou nas considerações introdutórias, o legislador veio consagrar, entre nós, em 2002/2003, um modelo aberto de tramitação urgente, que se estende tanto aos processos especiais previstos no Título IV do CPTA, classificados legalmente como processos urgentes, como abrange, de igual modo, os processos urgentes previstos no Título V, os denominados processos cautelares. De facto, enquanto o modelo de tramitação ordinária é aquele que integra os processos declaratórios e executórios ditos ordinários ou comuns, o modelo de tramitação urgente abrange um conjunto de processos especiais. E nos termos da lei processual administrativa, mais propriamente nos termos das disposições constantes do artigo 36.º, n.º 1, do CPTA, o modelo da forma urgente alberga os processos relativos ao contencioso eleitoral, ao contencioso pré-contratual, à intimação para prestação de informações, consulta de documentos ou passagem de certidões e à intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. E, nos termos do artigo 36.º, n.º 1, alínea e), do CPTA, este modelo também integra os processos cautelares. Aliás, é neste pro-

(1051) Sobre este (novo) modelo, vd., designadamente, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 241 ss. e pp. 326 ss.; J. CAUPERS, *Introdução...*, cit., pp. 271 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 264 ss.; ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Dos novos processos urgentes...*, cit.; SOFIA DAVID, *Das intimações. Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2005; FERNANDA MAÇÃS, «As formas de tutela urgente previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos», in: *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra, 2005, pp. 209 ss.; MIGUEL PRATA ROQUE, *Reflexões sobre a reforma da tutela cautelar administrativa*, Coimbra, 2005; ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit.; FERNANDA MAÇÃS, «Meios urgentes e cautelares. Perplexidades quanto ao sentido e alcance de alguns mecanismos de tutela urgentes», in: *A nova justiça administrativa, Trabalhos e conclusões do seminário comemorativo do 1.º ano de vigência da reforma do contencioso administrativo*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 2006, pp. 93 ss.; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Meios urgentes e tutela cautelar», in: *A nova justiça administrativa, Trabalhos e conclusões do seminário comemorativo do 1.º ano de vigência da reforma do contencioso administrativo*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 2006, pp. 93 ss., 87 ss.

cesso que se confirma que é a urgência que pré-determina as diversas dimensões ou as distintas configurações que os processos urgentes podem apresentar na lei processual. É a *situação-de-urgência*, em que se encontra a situação que é carente de tutela jurisdicional, que determina a inconstância e a instabilidade estrutural do processo que sobre ela versa. E é ela, a *situação-de-urgência*, que impõe a constante adaptação da estrutura e da tramitação do processo, sendo que o andamento mais acelerado ou mais lento decorre da intensidade da urgência invocada e da natureza dos direitos e interesses envolvidos nas situações. Ora, nos termos dos artigos 112.º e ss. da lei processual administrativa, o processo cautelar apresenta-se *pluridimensional*, sendo que uma das variações do processo cautelar prima mesmo pela extrema aceleração, simplicidade e abreviação. De resto, é a urgência que determina a sumariedade procedimental de todos os processos urgentes consagrados tanto no Título IV como no Título V.

Contudo, como o modelo de tramitação urgente tem natureza aberta e, por isso, alberga outras modalidades processuais não identificadas no artigo 36.º da lei processual administrativa, cumpre dizer que tal modelo também se estende a outros processos, sendo que alguns deles estão previstos no CPTA, embora sejam processos urgentes atípicos, porque não estão ainda estruturalmente pré-determinados na lei processual, e outros estão consagrados em legislação avulsa. Assim, para além dos processos enumerados no artigo 36.º do CPTA, acrescem os processos administrativos urgentes previstos em legislação especial, aos quais a lei manda aplicar aquele mesmo regime. Assim, as acções de perda de mandato dos eleitos locais e de dissolução dos órgãos autárquicos colegiais (previstas na Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto) e as intimações urbanísticas para a prática de acto legalmente devido e emissão de alvará, reguladas no Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, são dois exemplos de processos que seguem a mesma tramitação urgente.

E, além disso, tramitam segundo a forma urgente os processos urgentes principais atípicos, isto é, aqueles processos que ainda não estão exaustivamente concretizados na lei. A sua existência resultará da decisão discricionária do juiz, atendendo a critérios estabelecidos nas disposições legais. Falamos das situações previstas no artigo 48.º, n.º 4, um processo urgente inserido na resolução de processos em massa. Falamos do processo urgente atípico esboçado no artigo 121.º, um processo que resulta da *convolação* do processo cautelar comum em processo principal. E falamos do processo urgente atípico previsto no artigo 132.º, n.º 7, um processo que, no sector do contencioso pré-contratual de urgência, também resulta da *convolação* de um processo cautelar especial em processo principal, podendo assim obviar à limitação que decorre do facto de os processos urgentes principais em matéria pré-contratual terem um domínio de aplicação restrito, isto é, um

domínio que é por lei reservado ao contencioso pré-contratual de quatro tipos de contratos públicos.

Em síntese, cumpre, pois, reconhecer que neste tipo de modelo de tramitação urgente se incluem processos urgentes de vária natureza, sendo várias as pretensões jurídicas urgentes dedutíveis, mas sendo uma só a forma urgente. Com efeito, não obstante o CPTA prever diferentes processos urgentes em diferentes títulos (IV e V), os processos urgentes principais e os processos urgentes cautelares, ambos os tipos são expressamente qualificados como urgentes (artigo 36.º, n.º 1, nas várias alíneas). E não obstante o CPTA consagrar quatro tipos diversos de processos urgentes principais, dois processos impugnatórios e dois processos de intimação, a forma processual urgente é sempre a mesma: a forma processual urgente que é caracterizada no n.º 2 do artigo 36.º do CPTA. Ora, daqui decorre que não há razão para não considerar que há apenas um único modelo de tramitação urgente, embora este se concretize com diferentes intensidades em diversos processos urgentes distintos. Em contas simples, o CPTA inclui, pois, um modelo aberto de processos de tramitação urgente.

2. Modelo aberto de situações-de-urgência, de pretensões-de-urgência e de decisões-de-urgência

E, assim, cumpre também dizer que este modelo de tutela de urgência assenta no princípio da atipicidade e da abertura das *situações-de-urgência* tuteláveis e assenta igualmente na atipicidade e na abertura do tipo de decisões que podem ser proferidas com urgência. Claro está que esta abertura resulta principalmente do sub-modelo da tutela cautelar, uma vez que é neste quadro que as pretensões urgentes não estão especificadas à partida, bem como é neste domínio que o rol de *decisões-de-urgência* a decretar não está pré-concluído e identificado. Na verdade, as *situações-de-urgência* relativas aos processos urgentes integrados no Título IV estão identificadas e, no contexto das duas acções urgentes impugnatórias e das duas acções urgentes condenatórias, só se admite a formulação de certas *pretensões-de-urgência*, às quais devem corresponder determinados tipos de decisões judiciais. Já no que concerne ao processo cautelar, previsto nos artigos 112.º e ss. do CPTA, este contempla todas as outras *pretensões-de-urgência-atípicas* e por isso é apto para desembocar na emissão de qualquer decisão de urgência que se mostre adequada ao caso concreto.

O processo eleitoral, previsto nos artigos 97.º e ss. do CPTA, segue o modelo de tramitação urgente exactamente porque o seu objecto integra uma modalidade típica de *pretensões-urgentes*, *id est*, pretensões que, concernentes a uma situação de carência de tutela judicial envolvida numa situação de

urgência especificada, dizem respeito a um procedimento eleitoral pré-determinado irregular. E o processo impugnatório previsto no artigo 100.º do CPTA segue o modelo de tramitação urgente, porque o seu objecto corresponde a dois tipos de *pretensões-(impugnatórias)-urgentes*, relativas à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens: a impugnação de actos administrativos praticados durante o procedimento pré-contratual de qualquer um desses contratos e a impugnação de *documentos normativos* com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras, ou seja, de *documentos normativos* conformadores do procedimento de formação desses contratos, incluindo, o programa e o caderno de encargos (nos termos do artigo 100.º, n.os 1 e 2). Cumpre notar também que, não obstante ser designado como processo impugnatório, o objecto deste processo especial pode, na verdade, integrar outras pretensões.

O modelo de tramitação urgente estende-se também a um conjunto de dois processos previstos no Título IV que o legislador designa de «intimações»: uma de intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, contemplada nos artigos 104.º e ss. da lei processual, e outra de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, que é contemplada nos artigos 109.º e ss. do CPTA. Este processo urgente de intimação integra-se naquele que podemos chamar verdadeiramente de contencioso urgente por natureza e o outro processo de intimação tem por objecto uma pretensão cuja situação de carência é de urgência por determinação legal, uma vez que se pressupõe que o exercício do direito fundamental dos cidadãos à informação administrativa (consagrado na Lei Fundamental no artigo 268.º, n.os 1 e 2), nas modalidades de direito à informação procedimental (nos termos dos artigos 61.º a 64.º do CPA) e extra-procedimental ou direito de acesso aos arquivos e registos administrativos (nos termos da LARDA) ⁽¹⁰⁵²⁾ tem natureza urgente e merece tratamento prioritário. A situação de urgência que envolve o exercício de direitos, liberdades e garantias em tempo útil configura igualmente uma situação que merece tutela prioritária por si só, justificando, pois, a aplicação do modelo de tramitação urgente. O processo urgente de intimação para protecção de direitos fundamentais, previsto nos artigos 109.º e ss. tem, de facto, por objecto pretensões relativas à protecção urgente de direitos, liberdades e garantias perante as entidades públicas e algumas privadas, sendo que, não obstante a lei processual administrativa o não

⁽¹⁰⁵²⁾ A propósito da intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, vd. acórdão do TCA-S de 14.04.2005, processo n.º 658/05 (disponível in: www.dgsi.pt).

especificar, estes direitos não devem resumir-se aos de natureza estritamente pessoal, como decorreria de uma leitura *constitucionalista* daqueles preceitos do CPTA.

Finalmente, nos termos da lei processual administrativa, as restantes *pretensões-urgentes-atípicas* devem constituir o objecto do processo cautelar e este segue, de igual modo, o modelo de tramitação urgente, previsto, designadamente, no n.º 2 do artigo 36.º do CPTA. O modelo de tutela cautelar consagrado no CPTA caracteriza-se pela abertura e plenitude. E estas características, bem presentes no artigo 112.º, n.ºs 1 e 2, resultam da técnica que o legislador consagrou naquele preceito, tendo combinado uma cláusula aberta, que contempla a atipicidade, com a previsão exemplificativa de providências possíveis de decretação na justiça administrativa. Assim, em primeiro lugar, o tribunal pode decretar (a medida ou) as medidas «que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença» principal. E significa que os particulares ou as entidades administrativas podem requerer, em cumulação ou alternativa, todas e quaisquer medidas que, no caso concreto, sejam idóneas para assegurar a efectividade do processo principal. Em segundo lugar, desta técnica resulta que o modelo tem uma vocação abrangente em relação ao universo de pretensões que se fazem valer a título principal no contencioso administrativo, pelo que tanto as pretensões que se fazem valer através da acção administrativa comum como as que se exercitam através da acção administrativa especial têm protecção cautelar. É ainda de referir, em terceiro lugar, que o modelo tem elasticidade para cobrir o conjunto diverso das formas de actuação da administração, isto é, o modelo cautelar estende-se ao universo de conflitos emergentes de uma relação jurídica administrativa, diga ela respeito a um acto administrativo, normas regulamentares, actos ou omissões materiais, contratos da Administração ou outras formas de actuação informal da Administração. E, enfim, numa última perspectiva, o modelo cautelar está ainda aberto para acolher as *decisões-de-urgência-provisórias* que se admitam no processo civil, sendo que tal acolhimento deve seguir o critério de adequação e de adaptabilidade na aplicação das providências cautelares especificadas do CPC à jurisdição administrativa. E, assim, lembrando algumas das pretensões que se podem fazer valer através do processo cautelar, cumpre dizer que, por via da elasticidade da cláusula aberta prevista no artigo 112.º, n.º 1, é possível assegurar provisoriamente a tutela de todas as pretensões que a título principal se visam realizar, desde que as mesmas se configurem como *pretensões de urgência* e se enquadrem dentro dos limites da provisoriedade⁽¹⁰⁵³⁾, já que a aces-

(1053) Para outras considerações e referências bibliográficas sobre esta temática, vd. a nossa *Introdução...*, cit., pp. 128 a 136.

soriedade-instrumentalidade do processo cautelar obriga o juiz cautelar a «conter-se» (TOMMASEO) ⁽¹⁰⁵⁴⁾.

3. Modelo atípico, gerido por um *sujeito-jurisdicional-de-urgência*

Enfim, cumpre finalmente perceber que o modelo consagrado entre nós é um modelo aberto, atípico e é um modelo gerido por um *sujeito-jurisdicional-de-urgência*, dotado de poderes especiais. E esses poderes revelam-se sobretudo no contexto da concretização da sumariedade procedimental e na determinação do conteúdo das *decisões-de-urgência*. Em qualquer caso, de pouco serviria ampliar o conjunto dos poderes do *sujeito-jurisdicional* se os do *sujeito-jurisdicional-da-urgência*, mormente os poderes do *sujeito-jurisdicional-cautelar*, permanecessem reduzidos. Aliás, o CPTA vem dotar o juiz cautelar de muitos e variados poderes, que se manifestam no momento da emissão da pronúncia provisória e ao longo de todo o percurso do processo cautelar. E graças ao rol de poderes que a lei lhe atribuiu, o novo juiz administrativo cautelar, exerce uma potestade discricionária (*officium*) para proteger a efectividade da sentença que põe fim ao processo ⁽¹⁰⁵⁵⁾. Na verdade, sem que exista no CPTA os limites de que padece nomeadamente o *référé conservatoire*, que permite ao juiz adoptar todas as medidas úteis «sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative» ⁽¹⁰⁵⁶⁾, o juiz cautelar português pode, nos termos do artigo 112.º, n.º 2, do CPTA, emitir todas as providências cautelares conservatórias ou antecipatórias que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade de uma sentença. E assim, o juiz cautelar só não pode antecipar definitivamente a causa — tal como não pode o juiz cautelar administrativo espanhol ⁽¹⁰⁵⁷⁾, nem o italiano ⁽¹⁰⁵⁸⁾, nem o alemão ⁽¹⁰⁵⁹⁾ e nem o *juge des référés* ⁽¹⁰⁶⁰⁾ — e também não pode dar ao requerente mais,

⁽¹⁰⁵⁴⁾ Sobre este assunto, em especial, vd. F. TOMMASEO, *I Provvedimenti d'Urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, pp. 209 ss. Vd. tb., para outras considerações sobre a técnica da antecipação, A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, pp. 57 ss.

⁽¹⁰⁵⁵⁾ Neste sentido, vd. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 7, pp. 137 e 144.

⁽¹⁰⁵⁶⁾ A este propósito, vd. C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 512.

⁽¹⁰⁵⁷⁾ Neste sentido, vd. M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar...*, cit., pp. 143 e 144.

⁽¹⁰⁵⁸⁾ A este propósito, por exemplo, vd. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo...*, cit., pp. 175 ss., esp. pp. 223 ss.

⁽¹⁰⁵⁹⁾ Neste sentido, com exemplos, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)...», cit., esp. pp. 326 e 327.

⁽¹⁰⁶⁰⁾ No mesmo sentido, a propósito do *référé*, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 305; R. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, cit., pp. 1236 e 1237.

ou coisa diferente, do que a este é permitido alcançar pela pronúncia de mérito ⁽¹⁰⁶¹⁾.

E o poder do juiz cautelar revela-se também, numa perspectiva procedimental, no decorrer da tramitação do processo cautelar. O juiz pode, inclusive, afastar o princípio do pedido e adoptar outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição daquela ou daquelas que tenham sido concretamente requeridas, quando tal se revele adequado a evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente e seja menos gravoso para os demais interesses públicos ou privados, em presença (artigo 120.º, n.º 3). O juiz cautelar tem ainda poderes de iniciativa para, durante a pendência da causa principal, proceder à revogação, à alteração ou substituição das providências cautelares decretadas, com fundamento na alteração das circunstâncias inicialmente existentes (artigo 124.º, n.º 1). Quando a providência exija da Administração a adopção de providências infungíveis, de conteúdo positivo ou negativo, o juiz administrativo pode condenar de imediato o titular do órgão competente ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória que se mostre adequada a fazer cumprir a providência (artigo 127.º, n.º 2). Em casos de especial urgência o juiz tem poder para decretar provisoriamente uma medida cautelar, correspondente à pedida ou uma outra que considere mais adequada. E tem, neste âmbito, também poder para escolher o meio de comunicação que se mostre mais adequado para proceder com urgência à audição do requerido (artigo 131.º, n.os 3 e 4). Enfim, no extremo deste conjunto de poderes, o CPTA atribuiu ao juiz cautelar um novo que extravasa o âmbito tradicional dos poderes cautelares: o poder de, preenchidos alguns pressupostos, decidir a causa principal. E esta possibilidade está prevista no âmbito do processo cautelar comum (artigo 121.º) e no âmbito de um processo cautelar para decretamento de providências relativas a procedimentos de formação de contratos da Administração.

E regressando ao domínio mais alargado da urgência processual, cumpre dizer que se no âmbito dos processos urgentes cautelares os poderes do juiz são amplos e indeterminados já no que concerne aos poderes do *sujeito-jurisdicional-de-urgência* esses poderes são mais reduzidos no que respeita à conformação das pronúncias, mantendo-se ainda assim alargados no que concerne à determinação procedimental, uma vez que a simplificação e a abreviação procedimental dependem sobretudo da sua iniciativa. De resto, no que respeita aos demais processos urgentes, especialmente aos impugnatórios, os poderes do juiz da urgência são, sem dúvida, mais significativos no que

⁽¹⁰⁶¹⁾ Sobre estes dois limites, vd. F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 247 ss.

concerne à perspectiva procedimental do que aos poderes de pronúncia, uma vez que estes são determináveis «à la carte». Aliás, com excepção do processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, no âmbito do qual os poderes são mais alargados, nos demais processos, a pronúncia judicial surge pré-configurada. Desta pré-determinação escapa o processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, visto que este configura um processo no âmbito do qual o juiz pode moldar, com mais liberdade, tanto o conteúdo da decisão judicial como a estrutura do processo.

BALANÇO

É do interior que o direito e o tempo mutuamente se trabalham e condicionam. No contexto da comunidade politicamente organizada, e entre nós, no contexto de uma comunidade politicamente organizada segundo os artigos 2.º e 111.º da CRP, é interessante verificar que cada sujeito-estadual *experiencia* e vive diferente dimensão do tempo. É neste cenário que sai reforçada a função desempenhada pelo novo *sujeito-jurisdicional-da-urgência*.

Com efeito, legitimado pela Lei Fundamental e pelo *ius commune europeu*, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* deve proteger exactamente as pretensões-jurídicas que só têm existência na dimensão do *tempo-presente* e de cuja protecção judicial em tempo justo depende a sua restauração efectiva, através do processo. Assim, autorizado a agir a contra-tempo, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* deve actuar sobretudo na *dimensão-do-presente* — de um presente que é simultaneamente passado muito recente e futuro muito próximo — e deve *decidir-de-urgência*, através de um processo de menor duração, previamente concebido pelo *sujeito-legislativo*, sendo que a menor duração resulta da simplificação da estrutura processual e da forma, da aceleração de tramitação e da diminuição da duração e (ou) do conteúdo do contraditório. Titular de especiais poderes, quer de determinação da estrutura do processo quer de pronúncia, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* deve poder emitir *tanto decisões-de-urgência-provisórias* como *decisões-de-urgência-de-mérito*. Felizmente, é neste sentido que tal figura vem sendo moldada nos regimes do contencioso administrativo dos Estados europeus.

Aliás, sob a influência do *ius commune* europeu moderno e da Lei Fundamental dos respectivos Estados, parece emergir uma categoria da tutela jurisdicional de urgência. E a concretização desta categoria vem acontecendo em termos idênticos nos ordenamentos jurídicos dos Estados europeus. E, entre nós, após a reforma de 2002/2003, foi criado um modelo de tutela especialmente vocacionado para tutelar as *situações-de-urgência*. Podemos, pois, perguntar se terá consagrado uma categoria de tutela jurisdicional de urgência. Cumpriria descobri-la, caracterizá-la e limitá-la. Antes, porém, importa saber que tipo de características deve ter tal estirpe processual para assim se atestar a sua existência.

PARTE II

DA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA CLÁSSICA À MODERNA: DE CONJUNTO A CONJUNTO DE TÉCNICAS E DE CONJUNTO DE TÉCNICAS À CATEGORIA — O PROCESSO (SILENCIOSO) DE RENOVAÇÃO CATEGORIAL E A EMERGÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO NO CONTENCIOSO TARDO-MODERNO

APRESENTAÇÃO

CAPÍTULO I — O perfil sistemático da tutela de urgência: do momento clássico, enquanto categoria, ao momento moderno e à perda da classificação — a incerteza no contencioso tardo-moderno

CAPÍTULO II — A tutela jurisdicional efectiva e a (aparente) heterogeneidade da tutela de urgência no contencioso moderno: as técnicas processuais facultativas e as necessárias — a sumariedade como técnica obrigatória

CAPÍTULO III — A procura do perfil da sumariedade no contexto do processo efectivo e temporalmente justo: entre a *summaria cognitio* de matriz clássica e a de natureza moderna — o conceito técnico-jurídico de sumariedade

BALANÇO

PROPOSIÇÃO

Houve um momento e um lugar onde a tutela de urgência foi mais do que uma figura concretizada por diferentes técnicas processuais. Isso aconteceu, de facto, em Itália, no início do século XX. Não deixa, aliás, de ser curioso que tenha sido a escola italiana a primeira a autonomizar a categoria da tutela de urgência. Na verdade, tendo em conta que os autores italianos desta escola procuraram justificar e autonomizar a tutela de urgência a partir dos estudos realizados pela grande escola alemã de direito romano do século XIX, tudo levaria a crer que essa autonomização não acontecesse. Afinal, os textos alemães em que a escola italiana se inspirou, sobretudo os dos finais do século XIX, afirmavam a pertença sistemática dos processos cautelares ao processo de execução, sendo os mesmos tidos como um tipo de anexo àquele processo ou de instrumento ou de garantia da execução da sentença. Contudo, o lastro romano estava lá e, por isso, a justificação e a autonomização da categoria processual da urgência foi conseguida pelos autores italianos do início do século XX, o mesmo acontecendo na Alemanha, mais tarde. Com efeito, o problema da autonomização e da sistematização dos processos cautelares só veio a acontecer na segunda metade do século XX, primeiro com BAUR, depois com LEIPOLD e com SCHILKEN e, mais recentemente, com SCHOCH e WALKER.

Voltando um pouco atrás, à escola italiana, cumpre perceber que a ciência do direito processual considerou que a urgência exigia uma categoria de tutela jurisdicional própria, uma estirpe de tutela cuja autonomização foi sendo invocada a partir de diferentes critérios⁽¹⁰⁶²⁾. Essa figura seria, em qualquer caso, funcionalmente autónoma e qualitativamente distinta. Em duas palavras: seria uma tutela provisória e sumária. É, aliás, também

⁽¹⁰⁶²⁾ A este propósito, vd. F. LANCELLOTTI, «Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare», *Rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1939, pp. 232 ss.

pelo perfil sistemático que o estudo da escola italiana se distancia perante o estudo desenvolvido pela dogmática francesa, uma vez que, não obstante os textos legislativos franceses preverem desde muito cedo modalidades jurisdicionais próprias para tutelar a urgência, *maxime* as figuras de *référé* e da *ordonnance sur requête*, a heterogeneidade que as mesmas figuras foram alcançando a partir da década de setenta do século XX tornou muito difícil a sua categorização. Aliás, fruto de constantes alterações parcelares introduzidas na lei e de uma jurisprudência criativa, a heterogeneidade daquelas figuras foi-se acentuando no contexto de um contencioso de tipo moderno, constituindo, por isso, sério obstáculo à sua categorização. As tentativas aconteceram, ainda assim, pelo perfil da «provisoriedade». E a recente multiplicação de processos para tutelar a urgência — e que vão para além do modelo tradicional de *référé* — é prova de que a tutela de urgência existe, tem tendência a ser associada a diversos fenómenos típicos do contencioso moderno e pós-moderno e aguarda a classificação como categoria processual.

E, com efeito, no contexto do contencioso moderno, várias foram as tentativas de proceder à categorização de processos especiais de perfil simplificado e célere. Contudo, com a modernização do contencioso, a heterogeneidade dos processos com cariz urgente foi-se rapidamente acentuando. Assim, com o passar dos tempos, com o aceleração da vida social e económica, por um lado, e com o surgimento de novas figuras processuais, por outro, o carácter relativamente homogêneo da tutela de urgência que caracterizava o sistema italiano foi-se esvanecendo e foi-se acentuando em outros sistemas processuais, ao mesmo tempo que a categoria da tutela cautelar se foi diluindo e metamorfoseando no diverso campo das modalidades de tutela especial, de tonalidade urgente e de cariz simplificado e acelerado.

Entre nós, houve uma altura em que por inspiração na dogmática italiana se procurou categorizar a tutela de urgência. Contudo, entre a tradição da «tutela preventiva» e a nova figura da tutela cautelar, a ciência portuguesa do direito processual do segundo quartel do século XX inclinou-se para o estudo da tutela de urgência sob os cânones da tutela cautelar, deixando de parte um rol significativo de processos de matriz urgente e preventiva. Na verdade, lembrando a estrutura do Código de Processo Civil português, cumpre dizer que a sistematização dos processos de urgência está ainda, de todo em todo, por realizar, sendo que essa sistematização apenas contempla os processos cautelares. E a sistematização que existe em torno desta «figura», deve-se a ALBERTO DOS REIS (**capítulo I**).

Enfim, o contencioso de tipo moderno trouxe consigo a heterogeneidade processual. E neste quadro, a *situação-de-urgência* ultrapassa claramente o *periculum in mora* e o *tertium genus* cautelar e transforma-se simplesmente em

«técnica cautelar» (1063). Paralelamente, acentua-se a dissociação entre a técnica cautelar e os conceitos de antecipação, provisoriedade e sumariedade, tendo sido reforçada a inclusão destas figuras em outros tipos de tutela jurisdicional, deixando, pois, de ser apanágio daquela figura e assumindo-se autonomamente como «técnicas» (1064) concorrentes, *maxime*, quando aplicadas às situações de urgência. Neste contexto, se o *proprium* da técnica cautelar continua a residir na sua *accessoriedade-instrumentalidade*, característica que condiciona a sumariedade, impõe a provisoriedade e permite a antecipação limitada dos efeitos de uma sentença principal, já outras modalidades da tutela de urgência autónomas dispensam a provisoriedade e integram formas mais intensas de antecipação e formas ousadas de sumariedade da cognição.

Enfim, neste contexto, a heterogeneidade da figura de urgência revela-se em pleno. E a ciência do direito processual, incapaz de apurar critérios de classificação sistemática, raramente a invoca como categoria própria e autónoma, uma vez que esta se vai desdobrando em diferentes figuras, uma criadas *ex novo* pelo legislador, entre as quais se incluem a tutela cautelar *definitiva* e outras figuras processuais sem classificação dogmática, e outras que resultam de uma prática jurisprudencial criativa, a saber, a tutela cautelar desvirtuada: aquela que, com diferente *modus procedendi*, antecipa no todo ou em parte os efeitos da decisão de mérito, servindo para solucionar os prejuízos decorrentes da demora patológica do processo. Ora, assim surge a tutela de urgência no contencioso moderno, uma figura que tanto decorre do princípio da tutela jurisdicional efectiva e do direito à prolação de sentença em prazo razoável como aparece envolvida e confundida com instrumentos de aceleração e simplificação processual, no contexto do princípio da economia do processo. Assim, surge uma figura que vai ganhando contornos diferentes, diversos e desiguais (1065). Longe vão os dias em que classificar os processos era simples e determinar a natureza jurídica dos processos de urgência era fácil (**capítulo II**).

Contudo, a ciência do direito processual está atenta aos novos fenómenos e não descarta a classificação sistemática. E, assim, confrontada com uma

(1063) Neste sentido, empregando tal terminologia e alertando para a dificuldade do tema, vd. G. VERDE, «L'attuazione della tutela d'urgenza», RDProc., 1985, pp. 725 ss., esp. p. 728.

(1064) Empregamos, pois, a mesma expressão já utilizada por outros autores, designadamente, por E. FAZZALARI («Intervento», «Les mesures provisoires en droit français», *Les mesures provisoires en procédure civile...*, cit., pp. 279 a 282) e por A. PROTO PISANI («La tutela sommaria (note de jure condito e de jure condendo)», in: *Appunti sulla Giustizia Civile*, Bari, 1982, pp. 310 ss., esp. pp. 345 ss.); F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, pp. 144 ss.

(1065) A este propósito, vd., por exemplo, G. OLIVIERI, «I provvedimenti cautelari e urgenti nel disegno di legge per accelerazione dei tempi della giustizia civile», RDProc., 1988, n.º 4, pp. 773 ss.

constelação de técnicas ao serviço da urgência, procurou sistematizar os processos de urgência a partir ou da técnica da provisoriedade, ou da técnica da antecipação e (ou) da técnica da sumariedade. Aliás, procurando descobrir o que falha em alguma das tentativas, principalmente quando se salta dos processos cautelares para outros processos urgentes não cautelares, percebemos que apenas a técnica da *summaria cognitio* se mantém sempre presente em todos os processos que tutelam a urgência. Não se ignora, contudo, quais são as dificuldades que tal conceito encerra, mormente se tivermos em conta que, nos estudos desenvolvidos sobre a figura, um é o ponto de partida e muitos são os pontos de chegada.

Mais recentemente, os estudos italianos realizados fora do quadro da tutela cautelar, ou para além deste domínio específico de protecção jurisdicional, continuam a demonstrar que existe um ligamento obrigatório entre os conceitos de tutela jurisdicional de urgência e os conceitos de sumariedade, de tutela sumária antecipatória e de tutela sumária cautelar. No que respeita em especial ao conceito de *summaria cognitio*, verificamos que este se apresenta determinado de acordo com duas perspectivas. A corrente de inspiração clássica, que agora podemos chamar de corrente neo-clássica, procura desdobrar o conceito de *summaria cognitio*, fixando obrigatoriamente um sentido especial para o conceito quando este é empregue no contexto dos processos de urgência que concretizam a técnica cautelar. A corrente moderna, aquela que propõe um conceito amplo de *summaria cognitio*, alarga o conceito de sumariedade ao momento do procedimento instrutório e anula a posição tradicional, naqueles que são considerados os seus momentos empíricos (e falaciosos).

Estas duas correntes de opinião revelam-se também no domínio da dogmática alemã e no contexto dos estudos franceses. De resto, pode perceber-se que a urgência pressupõe sempre uma tutela jurisdicional distinta da ordinária, quer em termos procedimentais, onde se fala de simplificação e de abreviação, quer em termos de cognição. A tutela de urgência pressupõe sumariedade. Contudo, como este conceito está gasto e é obrigatório renová-lo, cumpre atender a uma das correntes alemãs que revisita o conceito romano de *summam cognoscere*. Assim, descoberta a falência da exclusividade das técnicas da acessoriedade-instrumentalidade (ou técnica cautelar) e da técnica da provisoriedade e aberto o espaço para as demais técnicas, propõe-se um sentido técnico-jurídico de sumariedade, a partir do qual sai estruturalmente reforçada a categoria da tutela jurisdicional de urgência (**capítulo III**).

CAPÍTULO I

O PERFIL SISTEMÁTICO DA TUTELA DE URGÊNCIA: DO MOMENTO CLÁSSICO, ENQUANTO CATEGORIA, AO MOMENTO MODERNO E À PERDA DA CLASSIFICAÇÃO — A INCERTEZA NO CONTENCIOSO TARDO-MODERNO

Razão de ordem: 0. Introdução. § 1. A tutela de urgência como categoria: a Escola italiana. § 2. O *référé* como «jurisdição comum de urgência»: a Escola francesa. § 3. A tutela de urgência como *figura* processual: a Escola portuguesa.

INTRODUÇÃO

Há muito tempo atrás, a tutela de urgência foi uma categoria processual. É certo que a categoria de urgência deste período é distinta da que hoje conhecemos. Ainda assim, era a tutela de urgência adequada às necessidades do contencioso de tipo clássico. Na verdade, como reconheceu a escola italiana do início do século XX, a tutela de urgência — *rectius*, a tutela cautelar — foi mais do que um conjunto variado de processos, no âmbito dos quais se procedia à concretização de diversas técnicas. Distante da dificuldade pela qual passou a dogmática italiana do último quartel do século XX, a escola italiana do período clássico conseguiu justificar a categoria da tutela jurisdicional de urgência, tendo apoiado a sua autonomização no perfil funcional da categoria, sendo a mesma reforçada a partir de características que se realçam do ponto de vista estrutural. Destacam-se os contributos de CHIOVENDA, CALAMANDREI, ALLORIO, LIEBMAN e CONIGLIO (§ 1).

A tutela de urgência foi muito cedo prevista no panorama legislativo francês. Também nele a tutela de urgência remonta a figuras existentes no direito romano. Desde cedo traçada como categoria excepcionalmente informal e rápida, a tutela de urgência foi consagrada, no início do século XIX, no código de processo civil como figura unitária. Recriada pela jurisprudência, o legislador viria, depois, a desdobrá-la em múltiplas figuras. E, no contexto do contencioso moderno, não obstante a tutela de urgência estivesse traçada com âmbito universal, que decorria da existência na lei de uma verdadeira «*juris-*

dição de urgência» ou «Instituição da urgência», a dogmática justificou com muita dificuldade a existência de uma categoria de urgência. Multiplicada pela lei, desfigurada pela prática criativa dos tribunais, a tutela de urgência, *rectius*, a tutela provisória, perdeu os seus contornos autonomizantes. Contudo, pese embora a falta de sistematização dogmática, é inevitável verificar que ela existe tanto no plano do ordenamento jurídico como na *praxis* (§ 2.).

Também entre nós, a tutela de urgência — *rectius*, a tutela cautelar — foi objecto de tratamento dogmático. A escola portuguesa estudou-a sobretudo como *figura* processual. Na verdade, tendo como pano legal de fundo uma diversidade constante e sucessiva de processos especiais, o estudo foi sobretudo *assistemático*, salvando-se, apenas os processos cautelares. A favor da identificação da tutela cautelar, foi, de facto, dado um contributo significativo, que começa com BARBOSA DE MAGALHÃES, atinge com ALBERTO DOS REIS o máximo, em termos de sistematização, e mantém-se com MOTTINHO DE ALMEIDA. No quadro mais recente, evidencia-se o contributo de TEIXEIRA DE SOUSA, para quem a tutela cautelar parece ser manifestamente uma técnica de composição (provisória) da lide. Com efeito, hoje, desvirtuada pela jurisprudência e adulterada pelo legislador que considera a acessoriedade-instrumentalidade como técnica passível de dispensa, a tutela de urgência encontra-se numa encruzilhada. Não podendo somente reconduzir-se à espécie da tutela jurisdicional cautelar, já que esta não existe sem a técnica da acessoriedade-instrumentalidade, a tutela de urgência tem obrigatoriamente de ser renovada em termos categoriais. Assim, se na *praxis* se assiste a um processo silencioso de extensão da figura e se o legislador vai criando figuras processuais de urgência que vão ao encontro desse objectivo, dispensando as técnicas de *acessoriedade-instrumentalidade* e da provisoriedade, cumpre reconhecer que há necessidade de renovar dogmaticamente a espécie da tutela de urgência cautelar. E para se proceder à renovação da figura, no sentido de que a mesma deve enquadrar-se num grupo mais alargado que é a tutela jurisdicional de urgência, é preciso preparar as ferramentas de classificação e delimitação, e esta tarefa, lamentavelmente, ainda não está realizada na dogmática portuguesa (§ 3.).

§ 1. A TUTELA DE URGÊNCIA COMO CATEGORIA: A ESCOLA ITALIANA

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. O pensamento de CHIOVENDA. 2. A concretização de CALAMANDREI. 3. As leituras dos autores posteriores

0. Introdução

A autonomização da categoria da tutela de urgência foi afirmada e fundamentada num certo lugar e num período determinado da história: aconteceu

na Itália e num período balizado por duas grandes guerras mundiais (1066). Com efeito, como apontámos na introdução a esta dissertação, tendo subjacente um «lastro romano/germânico» (1067), a justificação da autonomização da categoria processual que serve para tutelar as situações de urgência constitui apenas um dos exemplares de uma *escola* que educou o mundo»: a escola italiana (1068). Para os autores italianos, a urgência impunha necessariamente a existência de uma categoria processual própria e distinta, uma categoria que foi sendo afirmada através de critérios diversos, cuja divergência justifica a maior ou menor extensão da categoria. De facto, enquanto CHIOVENDA insere a figura da urgência na sua «teoria da acção», CALAMANDREI afirma a autonomia da decisão urgente sob o perfil da função do processo, o mesmo acontecendo com CARNELUTTI. Aliás, *sub specie* da prevenção, este autor sustentou a autonomia funcional da tutela de urgência, *rectius*, «da cautela processual», a partir da teoria da «composição da lide», sendo que a unidade conferida ao processo cautelar decorreria, para este autor, da sua própria e imanente função: «proceder à composição provisória da lide» (1069), uma vez que este se con-

(1066) Não podemos deixar de realçar, contudo, que as obras italianas do início do século XX citam em abundância as monografias editadas nos finais do século XIX pela *escola* alemã. Como veremos, entre uma escola e outra houve de facto uma «relação inter-corrente». Por exemplo, A. WACH, que é abundantemente citado pelos autores italianos do início do século XX, estudou o processo cautelar de arresto italiano (*Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung. Der italienische Arrestprozess*, Leipzig, 1869). Neste contexto, repetindo a ideia, parece-nos justo afirmar com EDUARDO J. COUTURE («Prologo» in: *Introducción...*, cit., traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1945, p. 14) que a escola italiana, «tendo recebido do génio alemão o sentido profundo do direito, a capacidade de abstracção e a incrível faculdade lógica de operar com conceitos como se fossem coisas palpáveis e reais, divulgou para o mundo a figura da tutela de urgência, tendo acrescentado ao seu génio criativo o rigor terminológico retirado dos estudos alemães. No mesmo sentido, denunciando o acolhimento dos estudos desenvolvidos pela ciência jurídica alemã de fins do século XIX na escola italiana do início do século XX, vd. F. LANCELOTTI, «Osservazioni critiche...», cit., pp. 232 ss., esp. p. 233, nota 2.

(1067) Com efeito, como já apontámos, no contexto de uma reforma do sistema processual italiano e a propósito da necessidade da renovação da ciência jurídica italiana perante a influência dos sistemas estrangeiros, designadamente do francês, A. CONIGLIO («La riforma del sistema cautelare...», cit., pp. 4 e 5) lembrou a constante influência germanística no sistema italiano, tendo-se socorrido das palavras de Chiovenda: «Quando dunque si parla in questa materia di tradizione latina, si fa una questione di razza a rovescio. Il moderno processo austriaco e germanico è di gran lunga più ROMANO e latino del processo italiano attuale: la Germania e l'Austria liberandosi dalle loro vecchie leggi processuali sono tornate, seguendo anche l'impulso della grande scuola di diritto ROMANO che fiori in Germania dal principio del sec. XIX, a idee romane, mentre il nostro processo civile vive ancora sotto il grave peso d'una tradizione essenzialmente germanica».

(1068) Afirmação de EDUARDO J. COUTURE, «Prologo» in: *Introducción...*, cit., pp. 10 e 15.

(1069) F. CARNELUTTI, *Sistema...*, cit., esp. pp. 206, 332, 333 e 501.

trapõe tanto ao de cognição como ao de execução (1070). Por sua vez, ALLO-
RIO, afastando-se dos autores que sustentaram a autonomia processual da tutela
de urgência a partir da «acção» («azione»), ou «da decisão» («provvedi-
mento») ou «do processo» («processo»), veio considerar o «direito material»
como pressuposto da autonomização da categoria da tutela de urgência, afir-
mando, pois, a existência de um «direito subjectivo substancial de garantia, aces-
sório do direito principal que se faz valer no processo».

É, sem dúvida, a partir do estudo *chiovendiano* que surge o primeiro trata-
mento unitário da categoria processual de urgência, cujos caracteres essenciais e
funcionais a ciência processual foi elaborando e consolidando ao longo do
século XX, uma figura que foi atraindo um inúmero conjunto de fenómenos pro-
cessuais, aparentemente heterogéneo, que realizaria a terceira função do processo:
a preventiva. Se assim é, e se, na primeira fase de elaboração da categoria da tutela
de urgência, o critério que cientificamente agrupa a figura tem em conta a natu-
reza «preventiva», «conservatória», «urgente» e «asseguradora da tutela», com o
estudo *calamandreiano*, a categoria de urgência concentra-se na «cautela», de tal
modo que a tutela preventiva se assume como género e a tutela cautelar se reduz
a uma espécie daquela. Assim, neste contexto, se a tutela jurisdicional preventiva
visa prevenir e evitar a produção de um dano jurídico, a tutela cautelar acode a
um dano jurídico específico, «o dano marginal», actuando de urgência. No pen-
samento *calamandreiano* há, pois, diferentes esferas de tutela jurisdicional, sendo
que a cautelar corresponde à mais pequena das três apontadas.

Enfim, se na segunda fase de elaboração da unidade da tutela de urgên-
cia se tem em conta que a esfera da tutela preventiva, da tutela urgente e da
tutela cautelar se apresentam teoricamente distintas — na senda de CALA-
MANDREI —, ainda assim, todas as situações de urgência são normalmente
remetidas para a figura da tutela cautelar, já que esta deveria configurar-se como
categoria aberta, pronta a integrar situações de urgência não especialmente
contempladas (ou não previstas ordinariamente) na lei processual. Ora, neste
sentido, julgamos poder afirmar que a autonomização da figura da tutela de
urgência continua a ser sustentada sob o ponto de vista funcional, atraindo para
ela figuras diferentes mas que realizam o mesmo objectivo preventivo, con-
servatório ou assegurador. Predomina, desta forma, uma identidade entre a
urgência *tout court* e a urgência especial ou *periculum in mora*, uma vez que

(1070) Neste sentido, F. CARNELUTTI (*Sistema...*, cit., esp. p. 205) escreve o seguinte:
«Tra l'inizio e la fine del processo così giurisdizionale come esecutivo corre necessariamente un
periodo di tempo, durante il quale continua la lite con tutti danni che ne derivano. Prevenire quei
danni prima che il processo giurisdizionale o quello esecutivo cominci, o mentre compie el suo
iter, costituisce lo scopo del processo cautelare, la cui funzione si può quindi sintetizzare nela
provvisoria composizione della lite».

o regime processual civil deve prever — como, de resto veio a prever a partir de 1942 — providências cautelares especificadas e uma providência cautelar atípica ou não especificada. E é precisamente a providência cautelar não especificada (prevista no artigo 700.º do c.p.c.) que atrai para a categoria da tutela cautelar todas as situações que devem ser tuteladas preventiva e urgentemente, sob pena de a tutela diferida no tempo se revelar inútil e ineficaz. Assim se percebe como a categoria cautelar constitui a categoria processual atípica de urgência, que atende ao *periculum in mora de infrutuosidade e de retardamento* da decisão principal, na qual o legislador concretiza um conjunto de elementos estruturais e caracteres funcionais.

A categoria processual de urgência — *rectius*, categoria cautelar — é justificada pela urgência particular e é caracterizada pela instrumentalidade, sumariada e provisoriada, assumindo-se, assim, num primeiro momento, como modalidade de tutela jurisdicional talhada como acessória da tutela jurisdicional principal cognitiva e de execução. Com efeito, tanto as providências cautelares inominadas como as especificadas são decretadas em processos instrumentais e estruturalmente não autónomos, tendo como pressupostos o *periculum in mora* e a aparência do direito a acautelar ou *fumus boni iuris* (ou *fumus cautelae*). Aliás, o *thema decidendum* do processo cautelar é um *thema sui generis*, que é afirmado como *thema de probabilidade* — ou *thema de possibilitate*, como CHIOVENDA fazia questão de reforçar.

Neste quadro clássico, o juiz da urgência integra um esquema em que predomina a oficiosidade, assumindo uma função distintiva, a de *polizia giudiziaria* do processo, uma função *parcialmente administrativa* que faz do juiz um verdadeiro gestor do processo, que é justificada pelo princípio da tutela jurisdicional efectiva ou princípio que de acordo com a terminologia da altura correspondia à máxima *chiovendiana*: «*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*». É neste cenário que surge justificada a entrega ao juiz da urgência de poderes excepcionais, poderes que devem, quanto possível, fazer corresponder o «tempo real» ao «tempo presente», uma vez que só dessa forma se remedeia ou combate a inelutável ausência de «instantaneidade» da decisão judicial. Os poderes começam no procedimento de instrução probatória e estendem-se ao julgamento da prova da matéria de facto e ao momento decisório ou momento de julgamento da questão jurídica, momento em que devem predominar critérios especiais de decisão ou critérios especiais de repartição do ónus da prova ⁽¹⁰⁷¹⁾.

(1071) A este propósito, F. LANCELLOTTI («Osservazioni critiche...», cit., p. 241) alerta para a presença «di peculiari elementi di sommarietà: alla frettolosa superficialità dell'accertamento

É também por isso que durante este período se afirma que a urgência justifica que o *accertamento* cautelar seja um *minus* e um *aliud* perante o *accertamento* principal. Assim, na perspectiva clássica, o juiz, através de um processo sumário caracterizado por derrogações aos princípios gerais, realiza uma cognição sumária sobre o *thema probandum*, ou sobre os factos que sustentam os pressupostos de decretamento da decisão urgente, estando autorizado a formar um juízo qualitativamente distinto do *accertamento* que incide sobre a causa principal. Um juízo menor, um juízo não *dichiarativo*, um juízo de verosimilhança, que nem chega a ser um verdadeiro *accertamento* para ALLO-RIO, já que o autor considera que a «sanção cautelar» permite a execução sem o prévio *accertamento*, constituindo uma excepção ao imperativo de que toda a execução deve ser precedida de uma declaração do direito.

Assim, os textos que versam sobre o estudo da função e da estrutura da tutela cautelar demonstram que a tutela jurisdizional de específicas situações de urgência se configura como categoria própria e autónoma. E, assim também, não obstante os vários autores darem tratamento privilegiado no seu estudo a uma ou a outra vertente de actuação processual, a um ou a outro critério de autonomização, a verdade é que as obras marcantes do início do século XX revelam que há um ligamento entre a urgência e a provisoriedade, entre a urgência e a antecipação cautelar e entre a urgência e a sumariedade, de tal modo que esta forma de tutela jurisdizional surge como uma categoria juridicamente delimitada, sobretudo num perfil funcional, sendo certo que a autonomia a partir da perspectiva estrutural surgiu mais tarde reforçada. A antecipação cautelar pressupõe a provisoriedade (cautelar) e ambas resultam da *summaria cognitio* e da concretização do dogma que proíbe o juiz cautelar de antecipar a solução para a causa principal (¹⁰⁷²).

Assim, revelando-se como excepção, como uma categoria inspirada em princípios distintos daqueles que regem o sistema regra, como tipo de tutela onde vinga o *scopo pubblicistico*, a tutela de urgência — *rectius*, a tutela cautelar — assume-se, durante um período da história e num determinado

cui corrisponde talvolta la incompleta o soppressa instaurazione del contraddittorio, si aggiunge la specialità del giudice, che viene indicato nel pretore del luogo dove deve eseguirsi il provvedimento».

(¹⁰⁷²) Cumpra a este propósito citar, de novo, F. LANCELLOTTI I («Osservazioni critiche...», cit., p. 241), já que o autor refere que «apparvero sotto i più vari profili, funzionali e strutturali, formali e sostanziali, gli elementi caratteristici comuni alla categoria (...) sono: la giurisdizionalità della materia; la sommarietà del procedimento; il *periculum in mora*, motivo dell'azione; la provvisorietà e strumentalità del provvedimento». E considera ainda que «il *periculum in mora*, il bisogno urgente di provvedere, che ha spinto l'attore a chiedere al giudice un riparo immediato alla violazione altrimenti irreparabile del suo diritto, giustifica tal sommarietà» (subl. nosso).

lugar, como uma categoria autónoma perante a tutela jurisdicional declaratória e executória — variando apenas a classificação dogmática da figura, tendo em conta os diferentes perfis de estudo desenvolvidos e os diversos critérios usados para proceder à autonomização da categoria da tutela de urgência. Neste contexto, e como já tivemos oportunidade de indicar nas considerações introdutórias, sobressaem em nosso entender duas figuras: CHIOVENDA, que marca a primeira etapa do estudo da categoria da tutela da urgência, e CALAMANDREI, cuja obra marcou todo o percurso desenvolvido pela ciência italiana do direito processual vindoura. Cumpre, no entanto, notar que posteriormente também foram realizados estudos originais. Por exemplo, ALLORIO realizou o estudo da tutela cautelar mais criativo e mais contestado.

Aquele primeiro autor, CHIOVENDA, é, na verdade, o mentor da autonomização da tutela de urgência atípica, categoria da tutela jurisdicional, que a par da declaratória e da executória, traduziria uma função jurisdicional: a preventiva. O processualista considerara necessário, com efeito, instituir uma acção urgente atípica (ou «acção asseguradora») como figura autónoma, para tutelar todas as situações de urgência não especialmente contempladas pelo legislador. Aliás, lamentavelmente, esta afirmação do necessário carácter geral da «acção asseguradora»⁽¹⁰⁷³⁾, que traduziria um significativo contributo para a previsão *de iure condito* da categoria da tutela jurisdicional de urgência, não foi explorada em estudos posteriores, tendo, aliás, sido abandonada (e, segundo alguns, «decapitada» por CALAMANDREI)⁽¹⁰⁷⁴⁾. A acção atípica de urgência, como figura autónoma, nunca passou realmente de figura *de iure condendo*, visto que nunca foi consagrada nos ordenamentos jurídicos com a amplitude preventiva *chiovendiana*. Para ela estaria reservada uma função instrumental, e, por via disso, esta figura estaria talhada para ser acessória, dependente e menor (1.).

Foi, de facto, assim que CALAMANDREI desenhou uma parte da tutela de urgência, a tutela cautelar, tendo incorporado no seu texto sistemático as ideias

⁽¹⁰⁷³⁾ Para CHIOVENDA (*Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1.^a ed., 1933-XI, p. 249) «il potere giuridico d'ottenere uno di questi provvedimenti è una forma per se stante d'azione (azione assicurativa): ed è mera azione, che non può considerarsi come accessorio del diritto cautelato, perchè essa esiste come potere attuale quando ancora non si sa se il diritto cautelato esista; e mentre il convenuto non ha alcun obbligo di cautela prima del provvedimento del giudice. Anche qui: il diritto al provvedimento cautelare è un diritto dello Stato, fondato sulle necessità generali della tutela del diritto; la parte non ha che il potere di provocarne l'esercizio nel caso concreto. Sobre o conceito de «potere cautelare generale», vd. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., pp. 47 ss.

⁽¹⁰⁷⁴⁾ Neste sentido, vd. A. PROTO PISANI, «Chiovenda e la tutela cautelare», *RDProc.*, 1988, p. 27.

defendidas por autores alemães e por autores italianos que o antecederam, principalmente as de CHIOVENDA. Foi ele que realizou, na verdade, a necessária ponte entre «a melhor tradição pré-*chiovendiana* e a geração posterior» (1075). E foi ele que estabeleceu os critérios delimitadores de uma parte da tal categoria de tutela de urgência, tendo investido na tutela cautelar e consequentemente tendo dado origem a uma figura à qual negou a natureza de «*quartum genus*». Com efeito, a característica da instrumentalidade do processo cautelar perante um outro processo principal, que CALAMANDREI fez questão de associar obrigatoriamente à tutela de urgência, veio ironicamente a tornar-se, como veremos, no *handicap* da protecção de urgência de certas situações jurídicas subjectivas. De resto, CALAMANDREI teve o grande mérito de ter «retirado da sombra» as providências cautelares e de as ter popularizado. E se com a elaboração de critérios distintivos da categoria cautelar CALAMANDREI apenas pretendia cativar os jovens para a importância desta figura, como afirmou na sua *Introdução*, mal imaginaria que tal categoria assim desenhada viria, com o passar do tempo, a assumir o centro do contencioso moderno, demonstrando-se, então, nesta altura como insuficiente para tutelar todas as *situações-de-urgência*. Na verdade, o autor mal imaginaria que a característica que com tanto cuidado escolheu para distinguir a tutela de urgência cautelar, a instrumentalidade, viria um dia a ser tratada pelo próprio legislador como técnica e como técnica dispensável para tutelar as situações de urgência (2.).

Não se ignora, contudo, o impulso dado pela ciência do direito processual civil italiana posterior. Aliás, contemporâneo de CALAMANDREI, o contributo de ALLORIO no sentido da autonomização categorial da tutela de urgência perante as outras duas modalidades de tutela jurisdicional, a declaratória e a de execução, merece especial atenção. Em abono da verdade, também para «o discípulo preferido de F. CARNELUTTI» (1076), a protecção das *situações-de-urgência* é associada à antecipação, à provisoriedade e à sumariedade, tendo o autor invocado para a defesa dessas situações uma «sanção mais leve». A tese de que existe um direito subjectivo à tutela jurisdicional de urgência, não obstante ser amplamente fundamentado em autores alemães (principalmente em BRIEGLER), não foi, todavia, bem compreendida. Contudo, a ideia de que existe um tipo especial de tutela jurisdicional para protecção das situações de urgência não ficaria por aqui. Com efeito, tendo procedido a um estudo de confronto entre a tutela cautelar e a tutela ordinária,

(1075) Expressão de EDOARDO F. RICCI, «Piero CALAMANDREI e la dottrina processualciviltica del suo tempo», RDProc., 1987, pp. 805 ss., esp. p. 827.

(1076) Afirmação de EDUARDO J. COUTURE, «Prologo», in: *Introducción...*, cit., p. 20.

LIEBMAN destaca-se igualmente neste contexto, uma vez que vem classificar os processos cautelares como um *tertium genus* perante o processo declaratório e o processo executório. A urgência é fundamentalmente associada por CONIGLIO ao «scopo pubblicistico» que a tutela de urgência realiza, enquanto tutela cautelar (3.).

1. O pensamento de CHIOVENDA

Ainda antes do aparecimento dos estudos de CHIOVENDA, a associação entre a urgência, a provisoriedade e a sumariedade remonta a um texto de A. DIANA, publicado no início do século XX, mais propriamente em 1909, um texto onde é esboçado, se bem que com a terminologia da altura, o *instrumentarium* que ainda hoje se emprega neste domínio, mas onde ainda não se invoca claramente a autonomia da tutela de urgência. A urgência corresponde a uma «situação de perigo que ameaça a plena e efectiva actuação do Direito» e traduz a situação de necessidade de obstar à produção de um «dano irreparável». A sumariedade é descrita numa perspectiva procedimental e cognitiva. E a provisoriedade surge como «correctivo» desta outra característica.

Com efeito, ainda antes do aparecimento dos estudos de CHIOVENDA sobre a tutela cautelar, DIANA escreveu um texto, amplamente fundamentado em monografias germânicas — *maxime*, a *Introdução à Teoria dos Processos Sumários* de BRIEGLEB e *O Processo de Arresto Italiano* de WACH —, tendo procurado tratar a função da tutela cautelar e a sua estrutura ou forma de actuação⁽¹⁰⁷⁷⁾. E, para o autor, esta visa obstar a situações de perigo que ameaçam a plena e efectiva actuação do direito. E tal forma de tutela actua perante o perigo de uma ameaça, criando uma situação *de facto* e de direito *actual* com vista a preservar a futura execução do direito⁽¹⁰⁷⁸⁾. Neste sentido, este autor, defendendo que «a segurança do juízo deva ser sacrificada à vantagem da celeridade, justifica a sumariedade da tutela cautelar, insistindo particularmente na sumariedade do procedimento cautelar: «a necessidade urgente de actuar no sentido de evitar um dano irreparável, obriga a que haja uma pro-

⁽¹⁰⁷⁷⁾ O texto de A. DIANA («Le misure conservative interinali», publicado in: *Studi Senesi*, Torino, 1909, pp. 210 a 254) marca, de facto, o estado da reflexão processual-civilista italiana, do início do século XX, sobre a tutela cautelar. Nele, o autor cita H. K. BRIEGLEB (*Einführung in die Theorie des summarischen Processes*, Leipzig, 1859) e WACH (*Der italienische Arrestprozess*, Leipzig, 1868).

⁽¹⁰⁷⁸⁾ A. DIANA («Le misure conservative...», cit., pp. 210 a 254) evidencia a função da tutela cautelar: «creare uno stato di diritto e di fatto *attuale* che preservi la futura esecuzione dal pericolo», isto é, «di fatti e circostanze, crearsi di situazioni, che mettono in pericolo la piena ed effettiva attuazione del diritto» (p. 211).

cesso especial para tal fim». Insiste na sumariedade da cognição, uma vez que «a cognição sumária dos processos cautelares assenta em provas *leviores et apparentes*» (1079). E insiste igualmente na sumariedade do *accertamento*: «a conservação do direito para o qual se reclamou a protecção jurisdicional deve ser conseguida de maneira absolutamente sumária, não obstante variar a «largueza» do *accertamento* quanto aos pressupostos de facto e de direito» (1080). De qualquer modo, também está claramente disposto no texto de DIANA que a sumariedade deve ter como «correctivo» a provisoriedade da decisão judicial cautelar, no sentido de que o «destino final» da providência depende do resultado do «juízo definitivo ordinário», juízo em relação ao qual aquela tem carácter «subsidiário» (1081).

O primeiro estudo que é dado à matéria urgente (ou cautelar) é realizado cientificamente no contexto «da teoria da acção» processual e é de autoria de CHIOVENDA. E este data dos primeiros dez anos do século passado, tendo o seu autor mencionado que as providências cautelares constituem uma forma de tutela jurisdicional a que deve corresponder «uma forma por si só de acção (acção asseguradora)». A que acrescentou que «as acções devem considerar-se, sobretudo, tendo em conta o seu objecto imediato que é a actuação da lei, da perspectiva da tutela jurídica, sendo que, havendo vários tipos de tutela jurídica, a acção pode aplicar a lei de vários modos: na forma de *accertamento* mediante sentença, na forma de aplicação de providências cautelares e na forma de medidas de execução» (1082).

É, contudo, em 1912, na terceira edição da obra «Princípios de Direito Processual Civil» (a pp. 226 e ss.), no contexto da *instrumentalidade* do pro-

(1079) Neste sentido, A. DIANA, «Le misure conservative...», cit., pp. 216 ss.

(1080) Neste sentido, A. DIANA («Le misure conservative...», cit., p. 212), tendo procedido a um estudo sistemático dos vários processos cautelares previstos na lei, elege três pressupostos de decretação das providências cautelares, sobre os quais versa a cognição sumária: a. um direito; b. um perigo que ameace este direito; c. a necessidade de actuar imediatamente por via cautelar. Ainda que com imprecisão linguística, DIANA, alude ao requisito do *periculum in mora*, «necessidade de evitar um dano particular que resulta do normal e inevitável desenrolar do processo e que pode causar à parte», e refere-se ao *fumus boni iuris*.

(1081) Neste sentido, A. DIANA («Le misure conservative...», cit., pp. 216, 213 e 214) escreve o seguinte: «il bisogno urgente di provvedere, allo scopo di evitare un danno irreparabile, fa sempre disporre un procedimento speciale per tali materie». E igualmente escreve que «la sussistenza del diritto in chi ottenne la protezione statutale fu accertata in maniera assolutamente sommaria».

(1082) Primeiro, G. CHIOVENDA dedicou-lhe um capítulo na *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903. Depois surge um maior desenvolvimento no texto *Principi di diritto processuale civile dal corso di lezioni (anno 1905-1906)*, Napoli, 1906, pp. 137 a 141. Nele se fala em *periculum in mora*, sumariedade e provisoriedade, tendo escrito que «il potere giuridico d'ottenere uno di questi provvedimenti è una forma per sé stante d'azione (azione assicurativa)».

cesso perante o direito material, que surge a máxima: «*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*». E é também neste contexto que CHIOVENDA descobre o princípio que fundamentaria a atipicidade da sua «acção asseguradora»: «*ogni modo d'attuazione della legge che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile*». Essa acção é instituída como figura geral, como forma de «acção autónoma» e «pura acção» (1083). Com efeito, para este autor, «o poder jurídico de obter uma medida cautelar é uma forma de acção («acção asseguradora»); e é pura acção, que não pode considerar-se acessória do direito garantido, porque existe como poder actual quando ainda não se sabe se o direito garantido existe». A «acção asseguradora» é, portanto, também «acção provisória».

Este último princípio é desenvolvido nas *Istituzioni* e é nestas, no seu § 11, III, na parte que versa sobre a actuação da lei a favor do demandante, mediante «medidas provisórias, cautelares e asseguradoras», que CHIOVENDA explicita mais detalhadamente «o poder geral de cautela» (1084). Com efeito, nesta monografia é afirmada a absoluta atipicidade do direito de acção e o carácter público da jurisdição, tendo afirmado que «o Estado moderno considera como própria e essencial a função da administrar a justiça». É neste contexto que surge fun-

(1083) Com efeito, seguindo a tradução para castelhano da 3.^a ed. dos *Principi di diritto processuale civile (Principios de derecho procesal civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, pp. 280 a 281), realizada por JOSE CASAS Y SANTALÓ, podemos confirmar que CHIOVENDA dedica o § 9 às «medidas provisórias asseguradoras» ou cautelares. O Autor, citando em abundância a doutrina alemã — entre os quais se destacam H. BAYER (*Theorie der summarischen Prozesse*, München, 1830, pp. 57-87), WETZELL, SCHMIDT, KLEINFELLER, WEISMANN, HELLWIG, KISCH, MERKEL (*Ueber Arrest und einstweilige Verfügungen*), MÜCK (*Die einstweiligen Verfügungen*, 1901) e RINTELEN (*Die einstweilige Verfügung*) — define tais medidas como «medidas especiais determinadas pelo perigo ou urgência (...), que surgem antes que seja declarada a vontade da lei ou antes que seja realizada a sua actuação». É neste contexto que CHIOVENDA afirma que «o poder jurídico de obter uma destas providências é uma forma autónoma de acção (acção asseguradora); e é uma mera acção que não pode considerar-se como acessória do direito assegurado, porque existe como poder actual, quando ainda não se sabe se aquele direito existe». Ao mesmo tempo, CHIOVENDA refere que esta «responde a uma necessidade efectiva e actual de remover o receio de um dano jurídico».

(1084) Com efeito, G. CHIOVENDA (*Istituzioni...*, cit., pp. 248 ss.) sustentava que devia considerar-se admitida a existência de uma figura geral de procedimentos provisórios cautelares, ficando ao critério do juiz determinar a sua oportunidade e a sua natureza. Escreve ainda CHIOVENDA que tais medidas provisórias ou cautelares são determinadas pelo perigo ou urgência que deriva de um tempo mais ou menos longo que demora a alcançar o *accertamento* necessário à execução ou à execução propriamente dita. Estas visam «conservar elo stato di cose attuale». Estas medidas provisórias cautelares distinguem-se, «pela natureza e pelo tipo de pressupostos», de outras medidas provisórias que são decretadas tendo em conta a particular certeza do direito.

damentado como princípio geral o princípio «*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*», tendo estabelecido quais são os seus limites jurídicos e de facto. Estes dois aspectos são absolutamente centrais no pensamento *chiovendiano* e constituem as raízes do princípio que, com a linguagem da actualidade, dizemos princípio da efectividade da tutela jurisdicional ou princípio da tutela jurisdicional efectiva, que continua a ser um princípio hermenêutico do direito vigente ⁽¹⁰⁸⁵⁾.

Interessante é, na verdade, a perspectiva funcional que CHIOVENDA reconhece à tutela de urgência: a de reconstruir o «tempo real» e de o associar ao «tempo presente»: «*la misura provvisoria risponde al bisogno effettivo ed attuali di rimuovere il timore di un danno giuridico*». Na verdade, como escreve PROTO PISANI, a compreensão do ligamento *chiovendiano*, entre a tutela cautelar e a necessidade de evitar que a demora do processo provoque um dano ao autor que aparenta ter razão, deve-se a CALAMANDREI, uma vez que, estranhamente, esse ligamento não é expressamente realizado no texto de CHIOVENDA. É também esse Autor que divulga outras ideias implícitas naquele texto: que as providências cautelares visam fazer com que a sentença realize o Direito como se esta aparecesse no momento exacto em que o pedido é dirigido pelo particular aos tribunais (ou, como escreveu o próprio autor: «*le quali mirano a far sì che la sentenza attui la legge come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziale*») ⁽¹⁰⁸⁶⁾. Estes visam, de facto, assegurar que a concretização do Direito, vertido na sentença definitiva, possa ser executada num estado de facto que existia no início, exactamente no momento em que o autor dirigiu o seu requerimento ao tribunal. O princípio é, portanto, o mesmo, também, aqui: «*la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione*» ⁽¹⁰⁸⁷⁾.

O pensamento *chiovendiano* é igualmente inovador no momento em que evidencia os diferentes tipos de *pericula in mora* e para eles propõe as diversas providências conservatórias e antecipatórias, sendo que o primeiro tipo

⁽¹⁰⁸⁵⁾ Neste sentido, vd. A. PROTO PISANI, «Chiovenda e la tutela cautelare...», cit., pp. 16 ss., esp. p. 26.

⁽¹⁰⁸⁶⁾ No mesmo sentido, também A. CONIGLIO (*Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milano, 1942, pp. 6 e 7) escreve o seguinte, a propósito do contributo de CALAMANDREI: «egli trova evidente l'affinità dei provvedimenti cautelari con quelle disposizioni le quali mirano a far sì che la sentenza attui la legge come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziale, e che il chiovenda riassume nel principio: la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione».

⁽¹⁰⁸⁷⁾ Este princípio constante da obra do autor é evidenciado a partir do estudo desenvolvido pelo seu discípulo: P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 20.

visa evitar que a actuação de uma possível vontade da lei seja impedida de se realizar no momento certo, por causa de factos que podem ocorrer antes do *accertamento* definitivo. Ou, por outras palavras, aquele género de providências visa evitar a alteração de um estado de coisas actual. O segundo tipo de providências, que actua positivamente e por antecipação durante o decurso do processo, visa providenciar (compor ou regular) uma dada situação, em relação à qual a realização da possível vontade da lei não admite demora alguma ⁽¹⁰⁸⁸⁾. Também escreveu CHIOVENDA que a urgência pode impor a formação de um diferente tipo de juízo, um que se forme tendo por base um diferente critério de decisão. Assim, ao fazer referência na sua obra à bilateralidade do *periculum in mora*, o autor considera que o juiz ao decidir sobre o mérito da causa cautelar deve ponderar: «*in questa latitudine concessa della legge spetta al senno del magistrato stabilire secondo le circostanze il modo migliore per la conservazione dello statu quo, secondo la ragione composta fra i danni temuti pel diritto e i danni eventuali della misura assicurativa*».

O conceito de cognição sumária (*summaria cognitio*) surge associado às medidas provisórias e cautelares como «cognição superficial», ou tipo de exame que o juiz realiza no momento da verificação dos pressupostos de que depende o decretamento daquelas providências, divergindo, portanto, da «cognição parcial» sendo que, no pensamento *chiovendiano*, ambas são tipos da cognição sumária. Segundo CHIOVENDA, são condições gerais da emissão de providências asseguradoras «o receio de um dano jurídico, ou seja a iminência de um dano possível a um direito ou a um possível direito». Neste contexto, e acerca da possibilidade do dano, refere o autor que o juiz deve examinar se as circunstâncias de facto dão sério motivo para temer o facto danoso. Se assim é, e se este se apresenta urgente, então deve o juiz emitir a providência. Sobre a possibilidade do direito, escreve CHIOVENDA, «que a urgência não permite senão um exame evidentemente superficial (*summaria cognitio*), se bem que, a este respeito, tal exame pode variar de caso para caso ⁽¹⁰⁸⁹⁾. Podemos,

⁽¹⁰⁸⁸⁾ G. CHIOVENDA, *Istituzioni...*, cit., pp. 255 e 256.

⁽¹⁰⁸⁹⁾ Seguimos, pois, a tradução castelhana dos *Principii...*, cit. (*Principios de derecho procesal civil...*, cit., p. 281), realizada por JOSE CASAS Y SANTALÓ. Mas seguimos fundamentalmente as *Istituzioni...*, cit., pp. 250 e 251. Com efeito, refere CHIOVENDA que «condizione generale per l'emanazione d'una misura provvisoria è (...) il timore d'un danno giuridico, cioè l'imminenza d'un possibile danno a un diritto o a un possibile diritto: a) Circa la possibilità del danno, il giudice deve esaminare: se le circostanze di fatto diano serio motivo di temere l'evento danoso; se il caso sia urgente e sia quindi necessario provvedere in via provvisoria (...). b) Circa la possibilità del diritto, l'urgenza non permette che un esame affatto superficiale (*summaria cognitio*)».

pois, evidenciar que CHIOVENDA não só associou o conceito de cognição sumária («cognizione sommaria») ao de urgência como distinguiu, de forma clara, aquele conceito de cognição sumária de um outro conceito, que com ele anda vulgarmente associado, o de processo sumário («procedimento sommario») — como veremos. Enfim, como se pode concluir, o conceito de «acção» não só enquadra o estudo sistemático realizado sobre a tutela de urgência por CHIOVENDA como tal conceito sustenta a própria autonomia da «acção asseguradora», enquanto poder jurídico de obter um qualquer tipo de tutela preventiva de um direito que pode nem sequer existir, traduzindo-se, assim, num tipo de «acção asseguradora geral».

2. A concretização de CALAMANDREI

A monografia *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* de CALAMANDREI é, sem dúvida alguma, um marco na história da elaboração teórica em torno da tutela jurisdicional de urgência, já que, como apontámos nas considerações introdutórias, «constitui um dos exemplares de uma *escola*, que educou o mundo»⁽¹⁰⁹⁰⁾. É nela que o autor evidencia que a urgência *tout court* não corresponde em absoluto ao conceito de *periculum in mora* (2.1.) e é nela também que o autor caracteriza funcional e estruturalmente a tutela cautelar perante a demais tutela jurisdicional, tendo-lhe revelado a sua característica essencial, e ainda não evidenciada até a essa altura: a da instrumentalidade⁽¹⁰⁹¹⁾. Com efeito, esta é a característica que a tutela cautelar possui e a autonomiza como figura processual⁽¹⁰⁹²⁾, o que não deixa de ser irónico, uma vez que, do ponto de vista daquilo que a distingue perante as demais formas de tutela, é exactamente a característica que anula ou destrói a autonomia funcional e estrutural da figura *a se* e, conseqüentemente, é

⁽¹⁰⁹⁰⁾ Afirmação de EDUARDO J. COUTURE, «Prologo» in: *Introducción...*, cit., pp. 10 e 15.

⁽¹⁰⁹¹⁾ F. LANCELLOTTI («Osservazioni critiche...», cit., p. 250) chama a esta relação de «rapporto di relatività o strumentalità», uma vez que «i provvedimenti cautelari sono immancabilmente preordinati alla emanazione di un successivo provvedimento principale, i cui effetti pratici tendono ad assicurare».

⁽¹⁰⁹²⁾ Neste sentido, P. CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., p. 140) escreve o seguinte: «Io penso, al contrario [de ALLORIO] che i provvedimenti cautelari abbiano una loro inconfondibile fisionomia processuale, che permette di collocarli nella sistematica del processo come categoria a sè, determinabile in base a criterî che, pur non essendo gli stesse che servono a distinguere i provvedimenti di cognizione da quelli di esecuzione, non si trasformano per questo sa processuali in materiali. La definizione dei provvedimenti cautelari, pur rimanendo nel campo processuale, va ricercata, più che in un criterio ontologico, in un criterio teleologico: non nella qualità (dichiarativa o esecutiva) dei loro effetti, ma nel fine» (subl. nosso).

essa característica que a oprime e a escraviza (1093). Neste quadro, assume relevância a expressão «instrumentalidade hipotética» (2.2.).

Do estudo de CALAMANDREI são ainda destacadas outras características à categoria da tutela jurisdicional, que foi concebida como funcionalmente distinta, ainda que não caracterizada como «quartum genus» (1094): a provisoriedade e a *summaria cognitio* (2.3.). Enfim, como já indicámos sumariamente, na monografia de CALAMANDREI surge uma panóplia de conceitos que ainda hoje se mantém vigente na dogmática italiana, portuguesa e espanhola: os conceitos de «pericolo di infruttuosità» e «pericolo di tardività» constituem dois exemplos (2.4.). De entre esses conceitos não pode ignorar-se o de «verosimilhança», um vocábulo que traduz o juízo que se opõe qualitativamente ao «juízo de certeza», sendo, pois, proposto pelo professor como o tipo mais adequado para tutelar provisoriamente a urgência (2.5.).

2.1. O estudo de CALAMANDREI começa por realçar a diferença entre os conceitos de urgência, de tutela preventiva, de celeridade e de *periculum in mora*. De facto, o professor ensina que a urgência não se identifica na totalidade com o *periculum in mora*, que é condição típica e distintiva das providências cautelares. E ensina também que este conceito não corresponde em absoluto «ao perigo genérico de dano jurídico em vista do qual, em certos casos, a tutela jurisdicional ordinária pode assumir carácter preventivo» (1095). Na senda de CALAMANDREI, não deve confundir-se a tutela preventiva com a

(1093) A este propósito, vd. a crítica de F. LANCELLOTTI («Osservazioni critiche...», cit., p. 252): «non mi pare chi la relatività [strumentalità] possa supplire all'assoluta mancanza di una omogenea natura, nel fundare una categoria scientificamente autonoma. Autonomia e relatività [strumentalità] sono antitetiche; una autonomia che si basi su un criterio di relatività [strumentalità] è per lo meno assai fragile» (subl. nostro).

(1094) Com efeito, P. CALAMANDREI (*Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 2.^a ed., Padova, 1943-XXI, p. 51), tendo destacado de entre as diversas finalidades de garantia jurisdicional a função cautelar, alerta, no entanto, para o facto de a actividade cautelar não poder considerar-se como um «quartum genus» perante os demais tipos de garantia, tendo por base um critério homogéneo de classificação, uma vez que a actuação cautelar visa assegurar por antecipação as outras formas de tutela jurisdicional: «Scopo delle misure cautelari [é] anticipare gli effetti della giurisdizione». Na senda de CHIOVENDA, também o seu discípulo considera que, na impossibilidade de o processo garantir o direito instantaneamente, visto que o desenrolar do processo exige «un tempo non breve», cabe ao processo cautelar evitar a produção de factos que tornem ineficaz e ilusória a sentença principal. Neste sentido, a actuação cautelar traduz-se em antecipar provisoriamente os prováveis efeitos daquela sentença (p. 52). Assim, conclui: «la garanzia cautelare appare come posta al servizio dell'ulteriore attività giurisdizionale che dovrà ristabilire in modo definitivo l'osservanza del diritto: essa è destinata, più che a far giustizia, a dar tempo alla giustizia di compiere efficacemente l'opera sua» (p. 53).

(1095) P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., pp. 15 ss.

tutela cautelar, já que entre elas há apenas «uma relação de género e espécie» (1096). O conceito de tutela preventiva integra um conjunto de formas de protecção jurisdicional pré-desenhado para actuar antes de existir lesão, isto é, modalidades que visam reagir «antes de o direito ser efectivamente lesado», de modo a antecipar a protecção para situações em que «a lesão se anuncia como próxima ou possível». Nestes casos, portanto, a tutela jurisdicional, em vez de actuar *a posteriori* do dano, actua *a priori* perante a ameaça de lesão e enquanto esta não é consumada.

Reconhecendo que a tutela preventiva é oposta à tutela repressiva, isto somente não é suficiente para qualificar a situação de *periculum in mora*, ou de urgência *tout court*. Para CALAMANDREI, a situação de *periculum in mora* pressupõe um outro conceito, que é o da urgência em sentido amplo. Refere, assim, o autor que em certas situações se configura uma certa necessidade de actuar preventiva e urgentemente, de modo a obstar à concretização da ameaça de prejuízo para o direito ou de modo a anular a ameaça de perigo de dano. Nestes casos, porque tal ameaça tem de ser rapidamente acudida, pois, só dessa forma, será garantida a eficácia preventiva da providência, ao conceito de prevenção CALAMANDREI acrescentava o de celeridade. Ora, nestes casos, o professor referia-se a uma «tutela preventiva de urgência» e não ainda à tutela cautelar: «é que existem, [como afirmava] processos e providências de urgência que não têm carácter ou natureza cautelar» (1097). Na verdade, invocando novamente o seu pensamento, uma das formas de tutelar de modo rápido ou célere é, «em vez de decretar uma medida cautelar, reduzir o processo ordinário de cognição ou de execução» e, por conseguinte, atingir «uma aceleração na prolação da providência definitiva» (1098).

Enfim, para CALAMANDREI, o conceito de urgência não abarca o de *periculum in mora*, uma vez que este «não é um genérico perigo de dano jurídico» (1099). Pelo contrário, este conceito integra tanto o de urgência, como o de celeridade e o de prevenção. De facto, invocando e difundido uma expressão cara a FINZI, o professor florentino afirmou que o *periculum in*

(1096) P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., pp. 15 ss.

(1097) P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 16.

(1098) P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 17.

(1099) Perante um perigo genérico de dano jurídico, a tutela jurisdicional ordinária pode assumir o carácter preventivo: de facto, P. CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 15 e 16) distingue a tutela preventiva da tutela cautelar, sendo conceitos distintos que se encontram numa relação de género e espécie. De tutela preventiva pode falar-se naqueles casos em que o interesse em agir resulta não do dano, mas do perigo de dano jurídico. É «o dano marginal» que pode resultar da demora da decisão definitiva, dada a duração do processo principal, que justifica a providência cautelar.

mora «é, pelo contrário, um perigo específico, traduzido no «dano marginal» («*ulteriore danno marginale*» ⁽¹¹⁰⁰⁾), que, dada a inevitável demora do processo principal, pode ter origem no atraso na prolação de uma sentença de mérito ⁽¹¹⁰¹⁾. Embora distinguindo os conceitos de urgência, de prevenção e de *periculum in mora*, CALAMANDREI reconhecia neles uma proximidade, de tal modo que este pressupunha aqueles dois primeiros elementos: «enquanto se aguarda a maturação da decisão judicial definitiva através do processo ordinário, o tribunal deve através de decisões provisórias providenciar com urgência no sentido de impedir que o dano ameaçado se produza ou se acentue durante a espera» ⁽¹¹⁰²⁾.

2.2. Na construção *calamandreiana*, a instrumentalidade da tutela urgente cautelar decorre do facto de a tutela cautelar «não constituir um fim em si mesma, e, pelo contrário, por se encontrar, inequivocamente, pré-ordenada a proteger uma ulterior providência definitiva, cujo resultado prático assegura por antecipação». Como escreve o autor, a tutela cautelar nasce, portanto, ao lado da tutela principal com a função de lhe «preparar o terreno e de aprontar os meios mais aptos para o seu êxito» ⁽¹¹⁰³⁾, estando prevista para durar provisoriamente, em espera de outra providência definitiva posterior, não aspirando nunca a converter-se em definitiva. Pelo contrário, está absolutamente destinada a desaparecer, por falta de objecto, após ter realizado a sua função ⁽¹¹⁰⁴⁾.

Neste sentido, como ensinava CALAMANDREI, se entendermos, como de resto é comum fazer-se, que o direito adjectivo e as formas de protecção jurisdicional são um instrumento do direito material que através delas se concretiza, então, cumpre dizer que a tutela cautelar é duas vezes instrumental. Como instrumento ou acessório, ela possui uma «instrumentalidade qualificada, ou seja elevada ao quadrado» ⁽¹¹⁰⁵⁾, uma vez que é «instrumento do instrumento» ou «garantia da garantia» ⁽¹¹⁰⁶⁾. É também neste contexto que surge a qualificação de «instrumentalidade hipotética». A instrumentalidade, como

⁽¹¹⁰⁰⁾ Esta expressão é de E. FINZI (in: «Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria», *Rivista di diritto processuale civile* (Parte II) 1929, p. 50), sendo retomada por P. CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., p. 18) e mantida pela dogmática actual.

⁽¹¹⁰¹⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 18.

⁽¹¹⁰²⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 18.

⁽¹¹⁰³⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 20.

⁽¹¹⁰⁴⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., pp. 16 ss., pp. 38 ss.

⁽¹¹⁰⁵⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 22.

⁽¹¹⁰⁶⁾ Estes conceitos foram absolutamente acolhidos na dogmática portuguesa, como veremos mais à frente nesta dissertação. Por exemplo, para J. ALBERTO DOS REIS («A figura do processo cautelar...», cit., p. 23): «o processo cautelar é um instrumento apto para assegurar o pleno rendimento do processo definitivo ou principal. E (...) limita-se a preparar o terreno, a tomar precauções para que o processo principal possa realizar o seu fim».

já vimos, decorre do facto de a providência cautelar estar adstrita à realização de uma função, que é a de assegurar a efectividade da sentença do processo principal; o conceito «hipotética» resulta do facto de a medida cautelar se fundar num juízo de probabilidade quanto à existência do direito que é protegido antecipadamente, e que é o objecto do processo principal ⁽¹¹⁰⁷⁾. Ao fim e ao cabo, para CALAMANDREI, a finalidade «mediata» da tutela cautelar é a de assegurar a eficácia prática da providência definitiva, na presunção de que esta virá a ser favorável ao requerente. Destacamos, assim, nesta noção, a característica da instrumentalidade hipotética da garantia cautelar, que fundamenta o decretamento de «medidas de segurança provisórias relativamente a um direito, admitindo que na acção principal ele será dado como existente» ⁽¹¹⁰⁸⁾.

2.3. Do estudo de CALAMANDREI também resulta clara a relação entre a instrumentalidade da tutela cautelar e a provisoriedade. Com efeito, para o autor, uma vez que a decisão cautelar é provisória porquanto se identifica com o objectivo que cumpre, só faz sentido identificar a provisoriedade se esta for explicada em conexão com a característica da instrumentalidade ⁽¹¹⁰⁹⁾. Neste sentido, a tutela cautelar é provisória porque é funcionalmente interina e porque deve apenas durar durante o tempo em que cumpre a sua função ⁽¹¹¹⁰⁾. Se a tutela cautelar visa assegurar a efectividade da tutela principal, então, no seu entender, essa tutela cautelar só pode existir «*nel frattempo*» e deixa de fazer sentido no momento em que a tutela principal é decretada ou no momento em que se confirma que o direito a acautelar não existe ⁽¹¹¹¹⁾.

⁽¹¹⁰⁷⁾ A este propósito, P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., pp. 58 ss.

⁽¹¹⁰⁸⁾ Entre nós, este juízo calamandreiano é retomado também por ADELINO DA PALMA CARLOS, «Procedimentos cautelares antecipadores...», cit., p. 240.

⁽¹¹⁰⁹⁾ Já G. CHIOVENDA (*Istituzioni...*, cit., p. 217) distinguia a provisoriedade das providências cautelares da provisoriedade de outras formas de tutela («*accertamenti con prevalente funzione esecutiva*»), referindo que a provisoriedade daquelas resultaria da sua função instrumental. No mesmo sentido, P. CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 11, 12 e 13) ensina que a provisoriedade da tutela cautelar não resulta da «diversa forma de formação do juízo cautelar», mas da função que as providências cautelares realizam. Elas são fundamentalmente provisórias quanto ao fim. Sobre este conceito, cumpre vd. A. PROTO PISANI, «Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale», FI (Parte V), 1998, pp. 8 ss.

⁽¹¹¹⁰⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 10.

⁽¹¹¹¹⁾ Distinguindo a tutela cautelar, que é provisória, de outras figuras que também são caracterizadas pela provisoriedade e sumariiedade e que o legislador prevê nessa altura no ordenamento jurídico italiano por outra ordem de razões, CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 14 e 15) escrevia que «a tutela sumária [ou sumária *tout court*] é aquela que ambiciona transformar-se em definitiva. Aquela que nasce provisória, mas tem esperança em vir a converter-se em providência que decide definitivamente o mérito». A provisoriedade dessas decisões decorre da forma sumária que preside à sua formação e resulta menos da função que realizam.

Neste sentido, a tutela cautelar é provisória, porque tem uma «duração limitada no tempo». Mais do que «temporalidade»⁽¹¹¹²⁾, aqueles aspectos justificam o nome de provisoriedade. Enfim, segundo CALAMANDREI, a decisão cautelar, antes que «geneticamente provisória»⁽¹¹¹³⁾, é fundamentalmente provisória «no seu fim», já que está pela sua própria natureza destinada «a deixar de existir» quando a sua finalidade se esgota, quer no momento em que é decretada a decisão definitiva (cuja efectividade aquela assegurou), quer quando se confirma que o direito a acautelar não existe ou desaparece, porque neste caso não haverá razão para que a decisão cautelar continue a ser eficaz⁽¹¹¹⁴⁾.

Finalmente, em co-relação com estas características, CALAMANDREI identificou uma terceira: a de sumariiedade, que surge também associada ao conceito de «instrumentalidade hipotética». Como vimos, este conceito pressupõe que, no processo cautelar, a declaração provisória da existência do direito a acautelar tem um valor apenas «hipotético», uma vez que somente quando se dita a decisão principal se pode comprovar se aquela hipótese corresponde à realidade. Ora, a *sumariiedade* pressupõe um exame superficial (na modalidade de *summaria cognitio*) dos pressupostos de que depende o decretamento da providência cautelar: «*apparenza del diritto*» e «*pericolo di insoddisfazione del diritto apparente*»⁽¹¹¹⁵⁾. Um exame muito mais rápido e superficial que o dito ordinário, tendente a formar um juízo de probabilidade sobre a existência de tais pressupostos ou condições da acção cautelar, mormente do pressuposto de direito⁽¹¹¹⁶⁾. E este juízo de menor intensidade,

⁽¹¹¹²⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., pp. 10 ss.

⁽¹¹¹³⁾ Também partindo desta concepção calamandreiana, G. TARZIA («La tutela cautelare», *Il nuovo processo cautelare...*, cit., pp. XXIX e XXX) distingue três conceitos diferentes de provisoriedade: «provvisorietà nel fine»; «provvisorietà eventuale» e «provvisorietà normale», sendo que somente o primeiro corresponde à provisoriedade da decisão cautelar.

⁽¹¹¹⁴⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 15.

⁽¹¹¹⁵⁾ Com efeito, CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 62 ss.) escreve o seguinte: «Le condizioni del provvedimento cautelare potrebbero dunque apparir queste due: 1.º l'esistenza di un diritto; 2.º il pericolo di insoddisfazione in cui questo diritto si trova. Su questi due punti dovrebbe vertere la cognizione del giudice in sede cautelare. Senonchè abbiamo già veduto che i provvedimenti cautelari hanno la loro ragione d'essere nella celerità con cui possono ovviare al pericolo in via di urgenza, precorrendo il provvedimento definitivo: se per emanare la misura cautelare fosse necessaria una cognizione approfondita e completa sull'esistenza del diritto, cioè sullo stesso oggetto su cui si attende il provvedimento principale, meglio varrebbe attendere questo e non complicare il processo con duplicazione di indagini, che non avrebbe neanche il vantaggio della prontezza».

⁽¹¹¹⁶⁾ Assim, CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 63 ss.) escreve o seguinte: «per potere adempiere alla loro funzione di prevenzione urgente, i provvedimenti cautelari debbono dunque contentarsi, anzichè dell'accertamento, che potrebbe esser raggiunto soltanto attraverso lunghe indagini, dell'apparenza del diritto, che può risultare attraverso una cognizione molto

que não é mais do que um «juízo hipotético» sobre a existência do direito a acautelar ⁽¹¹¹⁷⁾, é consequência da natureza instrumental da decisão cautelar perante a decisão principal, pois, «no dia em que a existência do direito deixar de ser uma hipótese para passar a ser uma certeza jurídica, a providência cautelar terá esgotado a sua função»: «a providência cautelar é hipotética por causa da sua natureza» ⁽¹¹¹⁸⁾. A probabilidade sobre a existência do direito só pode confirmar-se no desenrolar do processo longo, contudo, não pode entender-se que o processo principal venha «convalidar» a decisão cautelar, o que aconteceria se ela fosse sumária *tout court* ou em sentido restrito, pelo contrário, a decisão principal vem, apenas, «encerrar um ciclo» ⁽¹¹¹⁹⁾.

2.4. De acordo com o estudo de CALAMANDREI, o «*pericolo nel ritardo*» é associado à situação provável de dano que decorre da duração do processo e que pode incidir negativamente sobre a efectividade da tutela que o requerente solicita nesse processo. E, neste sentido, tal prejuízo assume duas modalidades, que o autor denomina de *periculum in mora* de infrutuosidade e de *peri-*

più sbrigativa e superficiale di quella ordinaria (*summaria cognitio*)». E, assim, «per quello che si riferisce alla indagine sul diritto, la cognizione cautelare si limita in ogni caso a un giudizio di probabilità e di verosimiglianza. Accertare la esistenza del diritto è funzione del provvedimento principale: in sede cautelare basta che la esistenza del diritto appaia verosimile, ossia, per dir meglio, basta che, secondo un calcolo di probabilità, si possa prevedere che il provvedimento principale accerterà il diritto in senso favorevole a colui che richiede la misura cautelare». Contudo, já no que respeita ao exame sobre o pressuposto do «*periculum in mora*», CALAMANDREI apresenta uma lógica mais complexa, que inclui diversas modalidades de cognição e graus de intensidade, sendo que uma delas, a que é realizada numa primeira fase, é mais acelerada e superficial, e a outra, remetida para uma segunda fase, é mais intensa e completa, de modo a que o juiz possa formar uma convicção de certeza sobre a verificação da factualidade que constitui o pressuposto do *periculum in mora* (pp. 65 ss.).

⁽¹¹¹⁷⁾ Na verdade, CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 63 ss.) entende que «l'esito di questa cognizione sommaria sulla esistenza del diritto ha dunque, in ogni caso, valore non di accertamento, ma di ipotesi: se questa ipotesi corrisponda alla realtà si potrà vedere soltanto quando sarà emanato il provvedimento principale». E justifica porque existe este tipo de juízo sobre o pressuposto de direito: «il carattere ipotetico di questo giudizio è intimamente connaturato alla natura stessa del provvedimento cautelare ed è un aspetto necessario alla sua strumentalità».

⁽¹¹¹⁸⁾ Esta instrumentalidade da tutela cautelar perante a tutela principal revela-se mesmo neste momento. Como refere CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 61 a 65), «a vida da providência cautelar está em todos os casos fatalmente ligada à emanação de uma providência principal». «Se esta declara que o direito não existe, então a medida cautelar desaparece porque a aparência em que a mesma se baseava manifesta-se como ilusória. Se pelo contrário, declara que o direito existe, a medida cautelar não pode senão dar lugar aos efeitos definitivos, que em alguns casos já foram antecipados».

⁽¹¹¹⁹⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 64.

culum in mora de retardamento ⁽¹¹²⁰⁾. Assim, por outras palavras, CALAMANDREI considerava que a «probabilidade de se verificar um dano, que pode resultar para o autor da demora do processo e por causa dessa demora», se divide em «*pericolo di infruttuosità*» e «*pericolo di tardività*» do processo principal ⁽¹¹²¹⁾. Com a primeira expressão, o autor queria explicar que há normalmente o «perigo de, durante o tempo necessário para o desenvolvimento do processo de cognição plena, ocorrerem factos que tornam impossível ou muito dificultosa a concreta possibilidade de actuação da sentença». Por «*pericolo di tardività*», CALAMANDREI designava o «prejuízo que decorre da própria duração do processo para a realização do direito, ou seja, o perigo que resulta do prolongamento no tempo do estado de insatisfação do direito, sendo esta a causa do prejuízo».

Assim, para remediar o «*pericolo di infruttuosità*», CALAMANDREI propõe uma decisão urgente que previna o dano que pode derivar do facto de, durante o desenrolar do processo principal, ocorrerem factos que alteram a situação pré-existente e que sejam lesivos do direito controverso. Daí que esta providência deva corresponder à medida «conservativa» da situação de facto e de direito sobre os quais deverá incidir a futura decisão de mérito (v. g. providências cautelares conservatórias, *id est*: «*p. c. conservativi*»). No caso do «*pericolo di tardività*», que é próprio do prolongar-se no tempo o estado de insatisfação do direito que se quer ver reconhecido no processo principal, a medida cautelar proposta por CALAMANDREI visa impedir exactamente este específico prejuízo que «decorre do perdurar de uma situação antijurídica no tempo»: essa medida, que visa «acelerar a realização provisória do direito, configura-se como antecipatória do conteúdo da futura sentença de mérito (v. g. providência cautelar antecipatória, *id est*: «*p. c. innovatrici*») ⁽¹¹²²⁾.

⁽¹¹²⁰⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., pp. 56 ss. Em Itália, tanto a doutrina do processo civil como a do processo administrativo têm acolhido a diferente configuração do *periculum in mora*. Neste sentido, vd., por exemplo, F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 134 ss.; G. TARZIA, «La tutela cautelare...», cit., p. XXVI; A. SALETTI, «Le système des mesures provisoires en droit italien», in: *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé...*, cit., pp. 60 a 63. No processo administrativo, vd., especialmente, M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, pp. 77 ss.

⁽¹¹²¹⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 55.

⁽¹¹²²⁾ Esta posição é aceite por A. PROTO PISANI («Due note in tema di tutela cautelare», FI, 1983, pp. 147): «nel sopraggiungere di fatti tali da porre in pericolo le concrete possibilità di attuazione della sentenza sul merito della controversia» ou também «nel solo permanere del diritto in stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario ad ottenere una sentenza esecutiva nel corso del processo a cognizione piena».

2.5. Também o conceito de verosimilhança é absolutamente central na construção clássica da tutela de urgência. É, aliás, num artigo que versa sobre a intensidade da convicção do juiz, intitulado «verdade e verosimilhança no processo civil» ⁽¹¹²³⁾ que CALAMANDREI nos esclarece sobre este conceito — um artigo publicado em 1955, onde afirma que «toda a prova, a bem ver, não é senão prova de verosimilhança», demonstrando ter aderido ao «*Wahrscheinlichkeitsprinzip*» ⁽¹¹²⁴⁾. Assim, o conceito de verosimilhança tanto pode ser entendido num sentido amplo como num sentido restrito, sendo este último associado pelo autor aos processos sumários. Aqui, no contexto dos processos sumários («*procedimenti sommarii*») ⁽¹¹²⁵⁾ — que eram então definidos pelo Professor italiano como «processos que visam simplificar e acelerar a prolação de uma decisão judicial e que têm natureza provisória e urgente» —, o juízo de verosimilhança, que também pode ser formado tendo por base apenas a mera alegação, é típico porque tem uma diferente finalidade e uma diferente estrutura. Este tipo de juízo de verosimilhança tem por base «provas mais leves» ou provas *prima facie*, como lhe chamava CHIOVENDA, que são consideradas suficientes para dar lugar à prolação de uma decisão possessória ou cautelar favorável ao requerente.

E são casos típicos deste fenómeno, isto é, casos de verosimilhança contemplados na lei processual civil italiana, na altura em que CALAMANDREI escreveu o seu artigo, os processos sumários para tutela da posse (artigo 1168.º do Código Civil) — nos termos do qual «a reintegração dependia da simples notoriedade do facto» — e os processos sumários cautelares, cuja decisão judicial favorável dependeria da realização de informações sumárias, desde que necessárias (nos termos dos artigos 690.º, 695.º, 672, 4.ª alínea, 1171.º e 700.º do c.p.c.). Por força destas disposições, e de outras análogas, a instrução sumária realizada no âmbito destes processos (sumários cautelares) resume-se, na realidade, a um «juízo de verosimilhança, que é assente sobre-

⁽¹¹²³⁾ P. CALAMANDREI, «Verità e verosimiglianza nel processo civile», RDProc., 1955, p. 164.

⁽¹¹²⁴⁾ A este princípio deu W. SAUER particular relevo num estudo cuja publicação acontecera poucos anos antes de CALAMANDREI ter escrito o seu artigo (1951). Esse livro intitula-se *Allgemeine Prozessrechtslehre* e é nele, de facto, que SAUER afirma que «a justiça como valor absoluto é tão inatingível pelo juiz, como a pura verdade pelo investigador ou a pura beleza pelo artista», tendo destacado o *princípio da probabilidade* como princípio orientador de opções de política judiciária. É, precisamente neste contexto que SAUER defende a introdução no processo de um mecanismo que permita ao juiz poupar tempo perante causas inverosímeis, *id est*, um dispositivo que permita ao juiz apreciar liminarmente os aspectos formais e substanciais da acção e que o autorize a rejeitar sumariamente a acção se a considerar *prima facie* infundada ou inverosímil.

⁽¹¹²⁵⁾ P. CALAMANDREI, «Verità e verosimiglianza...», cit., p. 186.

tudo na credibilidade («attendibilità») da alegação, «a qual pode somente ser suficiente» para suportar a decretação da providência cautelar requerida, bastando, para isso, que, no caso concreto, o juiz não considerasse necessário realizar mais prova — «sommariie informazioni» — para alcançar um grau maior de credibilidade das alegações⁽¹¹²⁶⁾. Assim, alertava CALAMANDREI para a verosimilhança, reforçando a ideia de que a cognição sumária se traduzia nestes termos, não obstante o legislador não falar expressamente de verosimilhança, já que preferiria prescrever que a providência seria precedida de «sommariie informazioni», «assunte quando occorre». De qualquer modo, o juízo de verosimilhança resultante de tal tipo de produção e avaliação de prova, assim explicado, deveria ser considerado suficiente para despoletar a pronúncia de decisões judiciais favoráveis, sendo que estas, por causa da sua instrumentalidade, estariam destinadas a ter uma duração provisória ou interina. E, por isso mesmo, poderiam fundar-se «num pedestal pouco resistente de verdade, também ela interina, pronunciada a partir de uma valoração de verosimilhança»⁽¹¹²⁷⁾.

3. As leituras dos autores posteriores

E outros autores seguiram as pegadas agora expostas. Aliás, ainda nessa mesma altura, ALLORIO apresentou sobre o tema um texto muito original, ainda que muito controverso (3.1.). Também LIEBMAN se destaca neste contexto, uma vez que vem classificar os processos cautelares como um *tertium genus* no confronto com o processo declaratório e o processo executório (3.2.). A urgência é fundamentalmente associada por CONIGLIO ao «*scopo pubblicistico*» que a tutela de urgência (enquanto tutela cautelar) realiza (3.3.).

⁽¹¹²⁶⁾ No texto original de P. CALAMANDREI («Verità e verosimiglianza...», cit., p. 186) pode ler-se o seguinte: «Ma questa sommarietà di indagine si risolve in realtà quasi sempre in un giudizio di verosimiglianza fondato soprattutto sulla attendibilità della allegazione, la quale può bastare essa sola, qualora il giudice ritenga che non ci sia bisogno neanche di assumere sommarie informazioni per renderla maggiormente credibile, alla concessione del provvedimento».

⁽¹¹²⁷⁾ É o seguinte o conteúdo do artigo de CALAMANDREI («Verità e verosimiglianza...», cit., p. 187): «Qui, in questi procedimenti sommari, basta il giudizio di verosimiglianza a dar luogo senz'altro al provvedimento (possessorio o cautelare) favorevole: il che è ammesso, perché questo è un provvedimento destinato ad aver vita provvisoria, fino a che in un altro processo, nel quale il giudice procederà normalmente a una indagine approfondita di verità, si possa giungere al provvedimento definitivo, destinato a prendere il posto di quello provvisorio. Si tratta di provvedimenti interinali; che, appunto per questo, possono fondarsi sul piedistallo poco resistente di una verità anch'essa interinale, quale può venir fuori da una semplice valutazione di verosimiglianza».

3.1. Do período clássico da elaboração dogmática sobre a tutela de urgência, merece igualmente destaque a construção teórica da lavra de ALLORIO, uma vez que este realçou o carácter especial e de excepção da categoria da tutela de urgência que é identificada com a cautelar, tendo também, ao mesmo tempo, estabelecido uma relação especial entre a urgência, que exige uma «*sanzione più lieve*», e a antecipação, a sumariedade e a provisoriedade. Ponto crucial da sua construção teórica é a fundamentação do direito à tutela de urgência no Direito material, tendo afirmado a existência de um direito subjectivo à tutela urgente. Com efeito, no artigo cuja publicação acontecera em simultâneo com a publicação da obra *calamandreiana* ⁽¹¹²⁸⁾, ALLORIO justifica a razão pela qual o tratamento da urgência requer um conjunto de excepções processuais. A sumariedade, o juízo sumário ou *accertamento* sumário e a antecipação da execução perante o prévio *accertamento* são algumas das notas especiais da categoria da tutela denominada cautelar — categoria que, para o autor, é distinta das demais. Assim, negando ao processo cautelar a capacidade para produzir o *accertamento* do direito acautelando, este autor destaca uma das vantagens da «sanção cautelar» em face da «sanção principal»: aquela que resulta exactamente da excepção que o processo cautelar constitui perante o estruturante *princípio da precedência do accertamento em relação à execução*. Só através da «sanção cautelar» se permite o combate a um dos piores defeitos do processo: a demora processual.

⁽¹¹²⁸⁾ O artigo de E. ALLORIO intitula-se «Per una nozione del processo cautelare», e foi publicado na *Rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1936, pp. 18 a 44. Neste texto, o autor, inspirando-se em H. K. BRIEGLER (*Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, 1859, § 75), afirma a existência de um «direito substancial de cautela», isto é, um direito subjectivo à protecção preventiva e cautelar — uma posição que foi, aliás, muito contestada —, tendo também justificado a existência de um tipo de acção cautelar, no conjunto dos tipos de acção principal: «il mio convincimento che l'azione cautelare sia, in realtà, azione d'accertamento, oppure azione esecutiva, coordinata a un diritto sostanziale di cautela». E o autor («Per una nozione...», cit., p. 26), invocando o mesmo raciocínio assente na existência de um distinto direito subjectivo à protecção cautelar perante o direito que se faz valer na acção principal, reconhece, justificando, a autonomia da acção cautelar perante a acção principal: «l'esercizio dell'azione cautelare non configuri esercizio simultaneo del diritto principale»: «il diritto principale è diritto alla sanzione principale (alla sanzione esecutiva, definitiva), non alla sanzione cautelare. Il diritto d'obbligazione non è il diritto al sequestro; e nemmeno comprende il diritto al sequestro». Pelo que, «a diversità di sanzione deve corrispondere diversità di diritto soggettivo; accanto al diritto (alla sanzione) principale, deve sussistere il diritto (alla sanzione) cautelare. Nulla vieta, beninteso, di considerare due diritti como facultà ricomprese in uno diritto più ampio; ma ciò non può nascondere la reciproca loro autonomia». Neste sentido, para o autor (p. 28), a diferença entre «a actuação cautelar («sanzione cautelare») e a da acção principal («sanzione principale») inclui uma diferença intrínseca e outra funcional, sendo ambas caracterizadas por uma suavização da primeira em relação à actuação da acção principal. A primeira é mais ténue que a segunda.

É neste cenário, aliás, que ALLORIO, ao distinguir a «sanção cautelar» («sanzione cautelare») da principal («sanzione principale») e ao fazê-lo na perspectiva da diferença intrínseca — aquela que aparece como consequência do diferente fim («destinazione») a que chegam ambas — defendeu que «a sanção cautelar (e, correspondentemente) o *diritto subjectivo substancial de cautela* é um produto do fenómeno de adaptação ou ajuste do direito substancial às necessidades decorrentes dos defeitos do processo». O custo e a duração são as imperfeições mais graves e aquelas que menos facilmente são passíveis de correcção. A sanção cautelar é um instrumento criado pelo direito substancial para resolver o problema da duração do processo e para conciliar a solução deste problema com o da eficiência da tutela. Mais em concreto, acrescenta ALLORIO: a «sanção cautelar» representa a forma de reacção do direito substancial contra aquela que é a causa da maior duração do processo, que consiste na «necessidade de o *accertamento* preceder a execução», «uma necessidade que atrasa a aplicação da sanção, já que o *accertamento* não constitui por si só a sanção principal». Ora, «contra o perigo que resulta deste estado de coisas, o direito substancial inclui uma solução, apresentando uma sanção secundária (a sanção cautelar), de tal modo que, para a sua aplicação, não é necessário o prévio *accertamento* do direito àquela sanção» ⁽¹¹²⁹⁾ — conclui o autor, propondo um mecanismo onde a excepção ao dogma de que toda a execução deve ser precedida do *accertamento* do direito.

Neste sentido, a diferença intrínseca (ou de estrutura) é coincidente com a diferente função: «a sanção cautelar, por contraste com a principal, tem de ser mais leve («*più lieve*»), em razão da maior rapidez e da maior facilidade em actuar», renunciando ao princípio da precedência do *accertamento* em relação à execução, princípio este que também sofre outras excepções a propósito de outros mecanismos previstos na lei, tais como são aqueles que respeitam aos direitos passíveis de imediata execução, ao prévio *accertamento* superficial, ou parcial ou não definitivo» ⁽¹¹³⁰⁾. Enfim, a «sanção cautelar» actua através de uma «via mais breve» ou através de um «procedimento mais simples», de tal modo que não é necessário «*accertare l'esistenza del diritto sostanziale alla sanzione cautelare*»: «este procedimento mais breve consiste na execução da sanção cautelar sem prévio *accertamento*». E, assim, como quem invoca a lógica de dois em um, ALLORIO conclui que «o procedimento

⁽¹¹²⁹⁾ Com efeito, E. ALLORIO («Per una nozione...», cit., p. 32) escreve o seguinte: «contro i pericoli che discendono da questa condizione di cose, il diritto sostanziale appresta riparo, foggiano una sanzione secondaria (la sanzione cautelare), tale che, per la sua applicazione, non sia, in massima, necessario il previo accertamento del diritto alla sanzione medesima».

⁽¹¹³⁰⁾ Neste sentido, E. ALLORIO, «Per una nozione...», cit., pp. 32 e 33.

para a realização da sanção cautelar é um procedimento executivo» (1131) ou «acção executiva cautelar» que tem como pressuposto «a prova sumária» do direito à sanção cautelar: prova que se considera feita através da demonstração da credibilidade da existência dos pressupostos substanciais daquele direito, isto é, da existência do direito principal que se deve acautelar, sendo que a sumariedade da prova se enquadra na sumariedade do próprio procedimento» (1132).

3.2. Enfim, neste contexto da fase inicial da elaboração dogmática em torno da categoria da tutela de urgência — *rectius* da tutela cautelar — tem ainda lugar de destaque o pensamento de LIEBMAN. E é a sua ideia sobre a natureza jurídica do processo cautelar que merece ser evidenciado, uma vez que este autor confrontou a cognição cautelar sobretudo com a cognição ordinária, tendo também por isto, por causa desta metodologia de confronto e das conclusões a que pôde chegar, afirmado que o processo cautelar só pode ser qualificado como *tertium genus*. Contraposto ao declaratório e ao executório, esta figura retira a sua especificidade da função instrumental e acessória perante um processo principal. Esta função instrumental afecta e explica a natureza da cognição cautelar. É uma cognição sumária que tem no *thema probandum* a sua especificidade, conduzindo à formação de um juízo distinto do juízo ordinário. Ora, esta afirmação, também colhida a partir do texto de LIEBMAN, assenta no facto de a cognição cautelar incidir sobre um especial objecto: sobre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Sobre o primeiro, ou pressuposto de direito, não pode formar-se um verdadeiro *accertamento*, sendo apenas necessário um juízo de probabilidade (1133); sobre o *periculum*

(1131) Para esta conclusão, vd. E. ALLORIO, «Per una nozione...», cit., pp. 35 e 36.

(1132) Invocando as exactas palavras de E. ALLORIO («Per una nozione...», cit., p. 38): «presupposto dell'azione ejecutiva cautelare è la *prova sommaria* del diritto alla sanzione cautelare: prova che si considera raggiunta attraverso la dimostrazione della credibilità dell'esistenza dei presupposti sostanziali di quel diritto: ossia, dell'esistenza del diritto principale che si deve cautelare. La sommarietà della prova s'inquadra nella sommarietà del procedimento medesimo».

(1133) Neste sentido, E. T. LIEBMAN («Unità del procedimento cautelare», RDPProc. (Parte I), 1954, p. 252) nota que «a função meramente instrumental da cognição no processo cautelar tem a sua explicação naquele que é o seu objecto»: «para decretar a providência cautelar o juiz tem de considerar existente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*», sendo que a cognição de cada um dos pressupostos é variável. Assim, escreve LIEBMAN, em relação ao primeiro, «di questo diritto non deve accertarsi l'esistenza, che è compito proprio del processo principal, bensì soltanto constatarsi la verosimiglianza. La cognizione, che di solito in un primo tempo è sommaria, si completa a volte con una cognizione più approfondita; ma in ogni caso si tratta di un semplice giudizio di probabilità, il quale appunto perciò non può mai divenire un vero accertamento». E o autor acrescenta: em relação ao *fumus boni iuris*, «o juízo de certeza é possível mas não oportuno, uma vez que «o objectivo é decidir com urgência». Quanto ao *periculum in*

in mora, ou situação de facto, o juiz apenas deve verificar os elementos necessários para formar um juízo de probabilidade sobre a iminência do dano ⁽¹¹³⁴⁾. De qualquer modo, o autor considera que sobre o pressuposto de direito, «o juízo de certeza até é possível», mas dada a função do processo cautelar e dado que o objectivo é actuar com urgência, esse juízo seria inoportuno. E sobre o segundo, o juízo de certeza seria mesmo impossível, uma vez que este assenta em factos que ainda não aconteceram, de tal forma que tais factos têm de ser valorados em termos de possibilidade de poderem vir a acontecer. Em todo o caso, conclui LIEBMAN, «o juízo de probabilidade difere essencialmente do juízo de certeza» e é por isso que aquele é destituído de qualquer eficácia: é de facto um juízo de valor limitado, que pode ser suficiente para conceder ou negar a providência cautelar, mas é insuficiente para realizar qualquer outra finalidade». A tutela sumária cautelar é sempre provi-sória ⁽¹¹³⁵⁾.

E mais: para LIEBMAN, porque o objecto do processo cautelar não é um «direito substancial à cautela» — como defendeu ALLORIO, em 1936 — a cognição cautelar não tem por objecto nenhum direito ou relação jurídica entre as partes, mas somente os pressupostos de facto para a aplicação de uma norma instrumental, cuja disciplina depende do poder do juiz, que pode qualificar-se como «polizia giudiziaria» ⁽¹¹³⁶⁾. E é por isso que a decisão

mora, LIEBMAN menciona que este «non è un rapporto giuridico; caso nasce invece da una situazione di fatto complessa e mutevole, dalla quale il giudice deve trarre gli elementi per un giudizio di probabilità sulla imminenza di un danno al possibile diritto». E acrescenta, em relação ao *periculum in mora*, o juízo de certeza «não é sequer possível, visto que o juiz tem de atender a factos que ainda não aconteceram, o que pode e deve medir-se somente em termos de possibilidade que venham a acontecer».

⁽¹¹³⁴⁾ Neste sentido, E. T. LIEBMAN («Unità del procedimento cautelare...», cit., p. 252) escreve o seguinte: «il giudizio di probabilità va dunque inteso in un senso diverso riguardo ai due elementi che formano oggetto della decisione: sul diritto il giudice deve formarsi una semplice opinione di credibilità, senza attardarsi a raggiungere una vera sicurezza della sua esistenza; sul pericolo nel ritardo invece si tratta di considerare sufficientemente verosimile la minaccia di un evento dannoso futuro, allo scopo di prevenirlo e impedirne l'accadimento».

⁽¹¹³⁵⁾ Cfr. F. LANCELLOTTI («Osservazioni critiche...», cit., pp. 232 ss.; IDEM, *Contributo allo studio sistematico della cautela giuridica*, Padova, 1942), autor que, destacando particularmente a característica da provisoriedade, compreende de modo diferente este conceito de instrumentalidade.

⁽¹¹³⁶⁾ Com efeito, E. T. LIEBMAN («Unità del procedimento cautelare...», cit., p. 253) justificou a sua opinião dizendo que se ALLORIO tivesse razão, o que não acontecia na verdade, isso significaria que «il provvedimento che autorizza la misura richiesta importerebbe infatti accertamento dell'esistenza di questo diritto. Ma è un'opinione che non può essere accolta (...) perchè un tal diritto non esiste. La cognizione del giudice ha per oggetto non già un diritto ou un rapporto giuridico delle parti, ma soltanto i presupposti di fatto per la applicazione di una norma strumentale».

cautelar é destituída de força de caso julgado, já que com esta autoridade tanto seria incompatível o objecto da cognição cautelar como a natural variabilidade e a provisoriedade da decisão. Justificada a função, a estrutura e o «carácter público» da figura processual que serve para tutelar a urgência, LIEBMAN conclui que o processo cautelar, não sendo um processo declaratório (de cognição), nem um processo de execução, só pode ser um *tertium genus*, retirando a sua especificidade da função instrumental e acessória perante um processo principal, em relação ao qual visa garantir a plena utilidade do seu resultado ⁽¹¹³⁷⁾.

3.3. Enfim, neste quadro, queremos ainda destacar CONIGLIO, um autor que veio reafirmar a posição da doutrina que o antecede, destacando, a propósito da função da tutela cautelar, o «*scopo pubblicistico della loro funzione*» e, a propósito da sua estrutura, o carácter sumário e a sua fisionomia inconfundível: «*la cognizione e l'esecuzione che s'incrociano, la cognizione ridotta a semplice informazione e in deroga ai canoni dell'ordo judicarius, principalmente al contraddittorio*» ⁽¹¹³⁸⁾.

Aliás, no quadro da reforma do processo civil e tendo em conta o projecto *carneluttiano*, na década de vinte do século passado, o autor evidenciou a importância de o processo cautelar ser regido por uma adequada disciplina processual, a par do processo declaratório e do processo de execução, uma vez que, como defendeu, seria através daquele processo que seria assegurada «a plena realização do direito» e se evitaria que o «verdadeiro *accertamento* do direito» pudesse «correr riscos», tanto mais que «a vida do direito privado exige normalmente a sua protecção preventiva» ⁽¹¹³⁹⁾. Neste contexto, o autor realçou a importância de o juiz poder emitir a providência cautelar sem realização do contraditório, não obstante também evidenciar as desvantagens da forma *inaudita parte* para obstar ao *periculum quod est in mora* ⁽¹¹⁴⁰⁾. O autor também justificou a necessidade de precisar a regra que nesse projecto (artigo 328.º) preveria a *prima facie cognitio* que precede o decretamento da decisão cautelar, insistindo no conceito já existente no direito italiano *d'informatio iudicis* bem como de *probatio* e no conceito alemão de *Bescheinigung*. Para o autor, este conceito alemão, que poderia traduz-se pela expressão italiana «verosimiglianza», corresponderia a «exame sumário do juiz, realizado sem obrigação de observar as normas prescritas sobre a instrução e sobre

⁽¹¹³⁷⁾ E. T. LIEBMAN, «Unità del procedimento cautelare...», cit., p. 254.

⁽¹¹³⁸⁾ Neste sentido, vd. A. CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario...*, cit., pp. 14 e 15, nota 14.

⁽¹¹³⁹⁾ Neste sentido, A. CONIGLIO, «La riforma del sistema cautelare...», cit., pp. 5 e ss.

⁽¹¹⁴⁰⁾ Neste sentido, A. CONIGLIO, «La riforma del sistema cautelare...», cit., pp. 18 ss.

prova e com a faculdade de [este] recolher informações de modo que considere mais adequado»⁽¹¹⁴¹⁾. Mais tarde, o autor reforçou o carácter excepcional do instituto cautelar perante a regra, tendo mesmo afirmado que a cognição cautelar se realiza afastando-se dos cânones do «*ordo judicarius*». O desvio perante o princípio do contraditório é assim justificado pela urgência: a urgência impõe uma cognição de cunho «compendioso» e «abreviado»⁽¹¹⁴²⁾.

§ 2. O RÉFÉRÉ COMO «JURISDIÇÃO COMUM DE URGÊNCIA»: A ESCOLA FRANCESA

Razão de ordem: 0. Introdução. **1.** As interessantes origens da figura. **2.** O contributo sistemático de PERROT e NORMAND. **3.** Os contornos actuais de uma figura sem contornos

0. Introdução

A urgência não encontra em nenhum sistema um tratamento tão privilegiado e tão prioritário como aquele que, ao longo dos tempos, lhe foi reservando o legislador francês. Na verdade, não obstante na actualidade o *référé* estar a léguas de distância da figura que um dia o antecedeu, ainda assim, continua a ser fonte de inspiração para os legisladores estrangeiros. De facto, esta modalidade de tutela urgente tanto pode ser entendida como tipo de processos especiais com carácter sumário (*id est*: carácter simplificado, rápido e informal), que desembocam em decisões provisórias, imediatamente exequíveis, como também pode ser compreendida como *jurisdição* para casos de urgência — «la jurisdiction du référé» —, dela decorrendo a atribuição de competência especial a certos magistrados («*le juge des référés*»), que para o efeito possuem poderes especiais⁽¹¹⁴³⁾. De resto, não faltasse a sistematização às

⁽¹¹⁴¹⁾ Neste sentido, A. CONIGLIO, «La riforma del sistema cautelare...», cit., p. 18.

⁽¹¹⁴²⁾ Com efeito, A. CONIGLIO (*Il sequestro giudiziario...*, cit., pp. 14 e 15, nota 14) refere que «retomando a melhor tradição» a expressão «*procedimenti sommari*» significa (etimologicamente e juridicamente) um conjunto de processos especiais «nei quali la cognizione avviene in forma compendiosa e abbreviata».

⁽¹¹⁴³⁾ O juiz do *référé* é por excelência o Presidente do tribunal competente para conhecer o litígio. E, na realidade, no domínio dos tribunais judiciais, o Presidente do TGI é o juiz de *référé* regra, ordinário ou comum, uma vez que, em primeiro lugar, tem competência residual para decidir em *référé* as questões em matéria civil não especialmente entregues, em primeira instância, a outra jurisdição e, em segundo lugar, é ele que, no âmbito do TGI, tem competência residual perante outro magistrado, sendo que cessa a sua competência quando começa a de outro magistrado que integre o TGI ou começa a de outro juiz de *référé*, especialmente investido para conhecer o litígio em primeira instância. E tal acontece, desde logo, no âmbito do próprio TGI, em relação ao Juge (*Conseiller*) de la mise en état, isto é, perante o juiz designado pelo

diversas modalidades que o contencioso moderno fez surgir, e poder-se-ia afirmar, com toda a certeza, que, na actualidade, o panorama legislativo francês contempla uma categoria própria e autónoma de tutela jurisdicional de urgência (1).

É também no contexto da ausência de arrumação legal que se entende que a ciência francesa do direito processual não tenha desenvolvido grandes estudos sistemáticos sobre esta figura. Na realidade, os estudos foram sendo parciais, tendo fundamentalmente subjacente a técnica da provisoriedade. Aliás, dada a multiplicidade que ocorreu fundamentalmente a partir da década de setenta do século anterior, facilmente se compreende a escassez desses estudos sistemáticos, sendo a monografia de P. ESTOUP, envolvida no contexto da legislação aplicável à jurisdição judiciária, e a de O. DUGRIP, que surge no quadro da jurisdição administrativa, excepções recentes à regra (1144). De qualquer modo, não se desconhece um conjunto significativo de artigos publicados em revistas jurídicas, *maxime* de R. PERROT (1145) e de J. NORMAND, onde a doutrina vem alertando para a crescente desfiguração e autonomização da «instituição de *référé*» (1146) (2).

presidente do TGI e que tem diversas funções, tais como a de acompanhar o processo e velar pelo bom desenrolar do procedimento de instrução probatória, conciliar as partes e decretar medidas *ad litem* (designadamente, uma provisão no domínio das relações familiares), ou medidas de instrução probatória antecipada ou medidas provisórias em *référé* (designadamente, uma provisão a favor do aparente credor). A competência em *référé* do presidente do TGI também cessa em relação ao juiz das causas em matéria do direito da família, incluindo as questões de divórcio (artigo 1074 do NCPC). Mas outros são, na verdade, os juizes de *référé* especialmente determinados para decidir em primeira instância: assim, nos termos dos artigos 848 e 849 do NCPC, o Presidente do *Tribunal d'Instance* (TI) tem competência para decidir em *référé* nos limites da jurisdição do TI (o que abrange as acções referentes a bens e pessoas de valor não superior a 7600 Euros e acções especiais legalmente previstas). Também o presidente do Tribunal de Comércio tem competências de *référé*, o mesmo acontecendo com o *Conseil des Prud'Hommes*, com o presidente do Tribunal Paritário e de Assuntos Rurais. No que respeita ao domínio da competência em 2.ª instância, cabe ao Presidente da *Cour d'Appel* ordenar todas as medidas de urgência necessárias, fazendo-o em processo de *référé*.

(1144) P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, 2.ª ed., Paris, 1998; O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, Paris, 1991.

(1145) Deste autor, cumpre agora citar, designadamente dois textos, um mais antigo e outro mais recente: «La compétence du juge des référés», *Gaz. Pal. (Doctrine, II)*, 1974, pp. 895 ss.; «Les mesures provisoires en droit français», in: *Les mesures provisoires en procédure civile...*, cit., pp. 149 ss.

(1146) Neste contexto, vd., por exemplo, R. MARTIN («Le référé, théâtre d'apparence», *RD.Ch.*, 1979, pp. 158 ss.), A. BLAISSE («Quo vadis référé?», *JCP, I-Doctrine*, 1982, 3083), P. DRAI («Quelques observations sur le décret n.º 87-434 du 17 juin 1987: pour un juge qui toujours décide...», *Gaz. Pal. (Doctrine, II)*, 1987, pp. 512 ss.). R. TENDLER («Le juge des référés, une "procédure ordinaire"??», *RD.Ch.*, 1991, pp. 139 ss.) questiona se o processo de *référé*, que

Na verdade, a figura de *référé* constitui uma via de atracção para o qual se encaminham os casos não só urgentes como os litígios mais simples, os litígios cujas questões, por serem pouco complexas, dispensam a *via sacra* demorada e cara que é o processo ordinário (3.).

1. As interessantes origens da figura

Para além do *référé*, deve precisar-se que no panorama legislativo francês estão previstas para tutelar a urgência certas «ordonnances sur requête» que, nos termos do artigo 493 do NCPC, se traduzem em decisões provisórias decretadas sem contraditoriedade e que, nos termos do artigo 812 do NCPC, são claramente chamadas a desempenhar um papel determinante nas situações de urgência, cabendo, neste caso, ao Presidente do *Tribunal de Grande Instance* (TGI) decretá-las⁽¹¹⁴⁷⁾. Claro está que o papel mais importante é desempenhado pela figura de *référé*, uma figura antiga que vem geralmente reconduzida tanto ao *ius vocatio obtorto collo*, previsto na *Lei das Doze Tábuas*, e à *operis novi nunciatio* do direito romano, como é também reconduzida ao denominado *Clameur de haro*, um procedimento urgente e excepcional conhecido na antiga Normandia, que permitia ditar uma medida solicitada de urgência⁽¹¹⁴⁸⁾.

Destas figuras àquelas que agora estão previstas no código de processo civil (NCPC) foi, sem dúvida alguma, significativa a evolução. Assim, o precedente imediato da figura de *référé*, tal como a conhecemos hoje, remonta ao artigo 6.º do Édito de 22 de Janeiro de 1685 relativo ao processo do *Châtelet* de Paris, sendo que tal disposição não obstante enumerar os casos e as situações em que seria possível estatuir em *référé*, conferia à entidade competente um alargado poder discricionário de decisão. Posteriormente, o Código de Processo Civil de 1806 acolheu este procedimento e estendeu-o a toda a França, tendo também expurgado a tipicidade dos casos em que poderia utilizar-se. Com efeito, o Código dispunha sobre o processo de *référé* nos artigos 806.º a 811.º, estando naquele primeiro artigo definido o seu objecto e alcance:

é especial e distinto por derrogar os princípios basilares do processo comum, não terá perdido o carácter de processo excepcional e se não terá já ocupado o lugar do processo ordinário.

⁽¹¹⁴⁷⁾ Com efeito, nos termos do artigo 493 do NCPC, esta decisão é definida como «une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse». E o artigo 812 dispõe que o Presidente do TGI: «peut ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent le pouvoir qu'elles ne soient pas prises contradictoirement».

⁽¹¹⁴⁸⁾ Para uma perspectiva histórica, vd. E. GARSONNET/CH. CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure*, Vol. V, Paris, 1904, p. 284; E. GLASSON/A. TISSIER, *Traité de procédure civile*, Vol. II, Paris, 1926, p. 14; CH. CÉZAR-BRU/P. HÉBRAUD/J. SEIGNOLLE, *La juridiction du président du tribunal. Des référés*, Tome I, Paris, 1957, pp. 21 a 27.

«Dans tous les cas d'urgence, ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, il sera procédé ainsi qu'il va être réglé ci-après» (1149). Ora, cumpre notar que deste modo nasceu um processo unitário, de âmbito geral, caracterizado pela rapidez da sua tramitação, que seria aplicável em todos os casos de urgência (1150).

E, de repente, como escreve R. PERROT, o processo de *référé* teve uma «irresistível ascensão» (1151), justificada pelo crescente aumento do contencioso e pelo crescente recurso a esta figura, dadas as vantagens que o mesmo foi apresentando: capacidade para fornecer uma decisão rápida e a pouco custo. E, assim, na ausência de reformas processuais, foi o *référé* dando impropriamente solução para a demora da justiça. Cumpre, aliás, reforçar que o legislador foi ficando, pouco a pouco, longe da realidade e distante das inovações que na prática a jurisprudência foi operando nesta figura (1152). Na verdade, perante a «inflação da lei», foi a jurisprudência que, numa «atitude reguladora», identificou casos e situações típicas em que este processo deveria aplicar-se prioritariamente, tendo consagrado igualmente limites de actuação ao juiz do *référé* (1153).

E, a partir dos anos setenta, e por via de sucessivas intervenções legislativas há muito desejadas, o legislador foi progressivamente ampliando e diversificando os casos de aplicação da figura, tendo o processo inicialmente unitário sido transformado em múltiplos processos de urgência e tendo a função do *référé* sido diversificada, integrando também agora funções distintas das clássicas (1154). De resto, estas novas funções viriam a combinar bem com o

(1149) Sobre este tema, vd. E. GARSONNET/CH. CÉZAR-BRU, *Traité théorique...*, cit., p. 284; CH. CÉZAR-BRU/P. HÉBRAUD/J. SEIGNOLLE, *La juridiction...*, cit., pp. 21 ss.; R. PERROT, «L'évolution du référé», in: *Mélanges Hébraud*, Toulouse, 1981, pp. 645 ss.

(1150) Sobre este tema, vd. CH. CÉZAR-BRU/P. HÉBRAUD/J. SEIGNOLLE, *La juridiction...*, cit., pp. 22 e 23; R. PERROT, «L'évolution...», cit., pp. 645 ss.

(1151) R. PERROT, «L'évolution...», cit., p. 645.

(1152) A este propósito, vd., por exemplo, as observações tecidas por R. PERROT na RTDC, 1975, pp. 372, 377; 1977, p. 823; 1978, pp. 420 e 724; 1979, pp. 193 e 836; 1982, p. 658; 1983, p. 601; e por J. NORMAND, na RTDC, 1974, p. 654 e p. 849; 1975, p. 361; 1981, p. 679.

(1153) Citamos expressões empregues pelos seguintes autores: R. MARTIN («Le référé, théâtre d'apparence...», cit., pp. 158 ss.), A. BLAISE («Quo vadis référé...», cit., 3083), P. DRAI («Pour un juge qui toujours décide...», cit., pp. 512 ss.), R. TENDLER («Le juge des référés...», cit., pp. 139 ss.).

(1154) Neste contexto, em 1975, escreveu R. PERROT («Il nuovo e futuro código di procedura civile francese», RDPProc., 1975, pp. 247 ss., esp. p. 250) o seguinte: «è facile osservare il posto considerevole che il giudice dei *référés* occupa ormai nelle strutture giudiziarie francesi. Bisogna tuttavia usar cautela. Il *référé* non è un rimedio miracoloso di cui è sufficiente estendere l'ambito di applicazione per dispensarsi dall'escogitar altre procedure, più appropriate, per rimediare alla lentezza della giustizia. È un rimedio provvisorio che fa un poco pensare alla compressa di aspirina che si dà al malato in attesa dell'arrivo del dottore».

fenómeno do contencioso de massas, que de acordo com R. PERROT, surgiu no espaço de dez anos. Neste contexto, não obstante o desiderato do legislador ter sido criar um «sistema de *référé*» e uma «jurisdição da provisoriedade», a verdade é que a evolução do contencioso moderno fez alterar esta função. E, assim, para além de faltar a arrumação aos preceitos legais que disciplinam o *référé*, foi faltando, cada vez mais, a uniformidade, quer funcional quer também estrutural ⁽¹¹⁵⁵⁾. Contudo, cumpre notar que mesmo tendo existido um afastamento entre o *référé*, a provisoriedade e a urgência, o processo de *référé* continua a ser o processo comum de resolução urgente ⁽¹¹⁵⁶⁾.

Como se pode concluir, ao longo dos tempos, a urgência foi sendo fundamentalmente protegida, no sistema francês, através de processos que concretizam a «técnica da provisoriedade» e através de uma via rápida, sumária, informal, cuja gestão cabe normalmente ao Presidente da jurisdição competente para decidir a causa principal. Através desta via, o juiz do *référé* garante uma protecção *ante causam*, ou seja, emite um tipo de decisão provisória previamente à interposição de uma acção judicial («avant tout litige»), que pode beneficiar de um processo de execução provisória antecipada. Na verdade, esse tipo de decisão que surge antes de a acção principal ter sido iniciada desdobra-se em duas modalidades: *les ordonnances sur requête* (artigo 493 do NCPC), que são decisões provisórias de urgência unilaterais, isto é, decisões emitidas *inaudita altera parte*, sem que o demandado seja citado, e *les ordonnances de référé* (artigos 484 a 492 do NCPC) ⁽¹¹⁵⁷⁾, que traduzem um tipo de decisão judicial provisória, passível de imediata execução, de pleno direito, ainda que provisória (artigo 489 do NCPC), que não tem perante a causa principal

⁽¹¹⁵⁵⁾ R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 152 ss.

⁽¹¹⁵⁶⁾ A este propósito, R. MARTIN («Le référé, théâtre d'apparence...», cit., p. 160) escreve o seguinte: «L'ancien référé s'articulait autour de deux notions: l'urgence et le préjudice au principal. L'urgence était le fondement premier, c'est elle qui justifiait la mesure provisoire, avant que le droit ne soit dit. Le préjudice au principal jouait comme une limite supplémentaire: la mesure urgente ne devait pas compromettre le jugement à venir et, pour ce faire, il ne fallait pas qu'elle amène le juge à trancher une difficulté sérieuse. L'urgence a disparu comme fondement du nouveau référé. Le coup de chapeau qui lui est donné par l'article 808 du nouveau code est purement formel. Le nouveau et unique fondement est l'opportunité justifiée par l'apparence. La mesure doit reposer sur la violation ou l'existence d'un *droit* apparent. Nous avons constaté que cette notion d'apparence n'était que la reprise de l'ancienne «difficulté sérieuse. Mais séparée de l'urgence, dont elle n'était qu'une correction, son fonctionnement est foncièrement différent. Elle tend à installer l'apparence comme autorisation d'anticiper sur le jugement».

⁽¹¹⁵⁷⁾ Nos termos do artigo 484 do NCPC, esta decisão de *référé* é definida como «une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires».

qualquer autoridade de caso julgado (artigo 488 do NCPC) e que pode ser revogada ou modificada em caso de ocorrerem circunstâncias novas (artigo 488 do NCPC).

Reforçando esta ideia, em caso de urgência, o presidente do tribunal pode ser suscitado a intervir em *référé* ou por *voie de requête*, sendo, contudo, a primeira o modo normal de actuação, não obstante esta última figura ter tido, em diversos domínios, uma aplicação efectiva no século XIX. A via unilateral (ou a da «*procédure des ordonnances sur requête*»), que concretiza uma técnica oposta à regra geral («*la technique de l'inversion du contentieux*») (1158), é excepcional e é somente utilizável em caso de urgência e sempre que as circunstâncias exijam que a medida seja tomada sem realização do contraditório (artigo 493 e artigo 812, alínea 2, do NCPC, no que se refere ao Presidente do TGI). Nestes casos, claro está, a contraditoriedade obrigatória acontece depois de tomada a medida provisória, podendo o juiz alterar a sua decisão a pedido da parte que sofre a decisão.

Através do processo de *référé*, permite-se ao demandante provocar, por intimação («*assignation*»), o chamamento do demandado para comparecer, em data certa, em audiência perante o juiz, na qual será realizado debate contraditório. Este é, na verdade, o modo normal de *référé*: quem se sente ameaçado requer ao juiz da urgência a intimação do ameaçador para comparecer perante o tribunal, sendo que, em todo o caso, deve ser dado ao intimado um período de tempo razoável para preparar a sua defesa. E a urgência está de tal forma associada ao carácter simplificado e rápido da *procédure de référé*, que não só o requerente não precisa de patrocínio judiciário como pode requerer ao juiz que cite («*permettre d'assigner*») o demandado à hora indicada («*référé d'heure a heure*»), sendo, pois, justificada tal intimação por uma situação de extrema urgência — *id est*, caso em que a medida provisória requerida se destina a «prevenir um dano irreparável». Neste caso, o juiz pode autorizar a citação mesmo em dia de férias ou de descanso (*chômés*), tanto no tribunal como na sua própria casa, de portas abertas, nos termos do artigo 485, 2.^a alínea, do NCPC.

2. O contributo sistemático de PERROT e NORMAND

Não se duvida que a figura do *référé* não tem, na verdade, um perfil nada fácil de traçar na actualidade, de tal modo que, com segurança, apenas se pode afirmar que este se revela como processo apto a desembocar numa «decisão provisória e como processo contraditório simplificado («*procédure con-*

(1158) A este propósito, vd. J. NORMAND, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 73 ss.

tradictoire simplifiée»). E a complexidade tem a ver, desde logo, com o facto de o seu *regime-regra* constar dos artigos 484 a 489 e de os seus *regime-similares-especiais* estarem espalhados pelo código: nos artigos 808 e 809, relativos ao processo perante o TGI, e nos artigos 848 e 849, relativos ao processo perante o TI. É certo que esta figura sumária se desdobra no *référé* preventivo e no *référé* destinado a obstar à produção de um dano ou prejuízo iminente e à concretização de um acto de violência (ou esbulho) manifestamente ilícita. E desdobra-se igualmente no *référé-provision*, no *référé-injonction* e no *référé probatoire* (artigo 145 do NCPC). E estas últimas, não obstante não dependerem do pressuposto específico da urgência *tout court*, são fundamentalmente decisões sumárias, através das quais se restabelece de forma rápida o direito aparente, ou através das quais se permite obter o pagamento de uma provisão ou a realização antecipada de uma prova ⁽¹¹⁵⁹⁾. Como refere ESTOUP, nestes processos «visa-se muitas vezes tutelar a urgência, sem que esta constitua expressamente um pressuposto autónomo da decisão de *référé* desejada» ⁽¹¹⁶⁰⁾.

Ou, se quisermos complicar, podemos dizer o mesmo por outras palavras: não é fácil traçar o regime do *référé*, porque o mesmo consta de diversas normas espalhadas pelo Código. Com efeito, o NCPC prevê regimes especiais de *référé*, a par de um conjunto de normas de índole geral, previstas nos artigos 484 a 492 do NCPC, que se aplicam a todos os *référés*, qualquer que seja o juiz competente e qualquer que seja o tipo de medida provisória solicitada. Esse regime fixa o carácter essencial da figura e traça as linhas do processo sumário urgente e o tipo de efeitos da decisão e as formas de recurso. E como se disse, a este grupo de normas gerais acrescem outras normas específicas, que regulam cada tipo de *référé*. Por exemplo, os artigos 808 e ss. regem o *référé de Grande Instance*, e o *référé d'instance* é regulado nos artigos 848 a 849 do NCPC. Paralelamente ao regime explicado que se aplica a este tipo geral de *référé*, há regimes específicos que contemplam tipos de *référé* especiais, como, por exemplo, os previstos no Códigos do Trabalho e da Segurança Social. E existem, ainda, figuras híbridas de «*référés au fond*» ⁽¹¹⁶¹⁾.

⁽¹¹⁵⁹⁾ A este propósito, vd. A. LACABARATS, «La compétence des juges des référés» (pp. 185 ss. e 601 ss.) in: *Droit et pratique de la procédure civile, sous la direction de S. GUINCHARD*, Paris, 2002.

⁽¹¹⁶⁰⁾ Neste sentido, P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides...*, cit., p. 4.

⁽¹¹⁶¹⁾ A este propósito, P. ESTOUP (*La pratique des procédures rapides...*, cit., pp. 123 ss., esp. p. 145) vê com alguma dificuldade que se possa designar um conjunto de figuras que o legislador foi criando no domínio do direito da família, no domínio dos direitos reais (servidões), em matéria de expropriação, em matéria de seguros, etc, como «*référés au fond*», uma vez que esta expressão combina «dois conceitos opostos» («*deux concepts antinomiques*»): «*les instances*

De resto, para além da figura nova de *référé-au-fond*, a dificuldade em delimitar, hoje, o *référé* e em caracterizá-lo como tipo de tutela provisória urgente, decorre do facto de esta se encontrar cada vez mais próxima de outras modalidades de processos rápidos especiais, «*les procédures à jour fixe ou abrégées*» e a «*procédure d'injonction de payer et de faire*», que, ao contrário daqueles primeiros, são processos «au fond», constituindo, respectivamente, variações do processo ordinário perante o TGI e processos especiais simplificados para obter o pagamento de uma pequena quantia ou o cumprimento de uma prestação, através das quais se obtém uma decisão definitiva, tanto quanto possível em tempo rápido, tendo para o efeito sido realizado um procedimento instrutório simplificado ⁽¹¹⁶²⁾.

Há, contudo, quem consiga ver unidade em tanta diversidade normativa e há quem considere que esta figura não perdeu o carácter de *categoria processual*, uma categoria onde se admitem derrogações pontuais aos princípios gerais do processo civil e onde se permite uma redução do formalismo e das garantias das partes. Tal acontece, desde logo, a propósito dos princípios do contraditório e do dispositivo, sendo aquele diminuído na medida em que este surge ampliado ⁽¹¹⁶³⁾. Com efeito, o juiz de *référé* é ainda o juiz ao qual se recorre, tanto para obter com a maior urgência medidas de salvaguarda e medidas preparatórias, enquanto se aguarda que o juiz de

poursuivies en la forme des *référé*, mas tendant en réalité à obtenir une décision «au principal» et en tout cas une décision autre que provisoire. Com efeito, refere o autor que «prévues par divers textes législatifs ou réglementaires qui énoncent que certains litiges seront “jugés en forme des *référés*”, ou en “la forme prévue par les *référés*”, voire “comme en matière de *référé*”, termes pouvant être tenus pour équivalents, les diverses procédures qui appartiennent à cette catégorie ont en commun, en principe, de n'emprunter au *référé* que les formes procédurales, tandis que les principes généraux qui caractérisent les *référé* ne leur sont pas applicables, tels le caractère provisoires de l'ordonnance, l'absence d'autorité de chose jugée, les conditions d'urgence et d'absence de contestation sérieuse.

⁽¹¹⁶²⁾ A este propósito, P. ESTOUP (*La pratique des procédures rapides...*, cit., p. 3) escreve o seguinte: «Dans tout ces cas, le droit MODERNE a banalisé et généralisé des procédures anciennes, en leur donnant une réglementation et une ampleur qui trouvent à l'origine de leur succès et expliquent la fréquence de leur utilisation. Indépendamment de ces procédures rapides qui autorisent l'obtention, dans des conditions de célérité et d'efficacité maximales, soit d'une mesure provisoire (c'est le cas des procédures de *référé* et de la procédure de l'ordonnance sur requête, soit d'une décision au fond dans les obligations de sommes d'argent ou de faire (c'est de cas des procédures d'injonction), le droit MODERNE offre aux plaideurs des procédures particulières, applicables à tous les contentieux, leur permettant d'obtenir di tribunal de grande instance ou de la cour d'appel, à bref délai et moyennant une instruction sommaire, une décision sur le fond revêtu de l'autorité de la chose jugée. On peut citer par exemple les procédures à jour fixe et les procédures abrégées».

⁽¹¹⁶³⁾ Sobre este assunto, vd. P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides...*, cit., esp. pp. 13 ss.

fundo decida, como é também o juiz «des voies de fait», o juiz que realiza o policiamento dos direitos aparentes e restabelece a paz jurídica. Como refere NORMAND, «ele desempenha, em ambos os casos, um papel só semelhante àquele que em matéria de saúde, desempenha o serviço de ajuda médica de urgência (SAMU)».

Como se apontou, há quem veja unidade categorial no regime que prevê a tutela de urgência, sendo que o faz numa dupla perspectiva, fazendo realçar a existência de uma «jurisdição da urgência», devendo esta ser entendida a partir de duas perspectivas, a saber: Primeira: do ponto de vista dos processos propriamente ditos, ela desdobra-se na «procédure sur requête» e no processo de *référé* — que, desde tempos muito antigos, constituem os processos sumários específicos para tutelar a urgência *tout court*. Segunda: do ponto de vista da organização judiciária, ela revela-se na existência de uma verdadeira «Instituição da urgência». Assim, a urgência não só é tida em conta na própria organização judiciária, uma vez que em cada jurisdição há «um juiz da urgência» pré-estabelecido, que é detentor de competências especiais, como é também acolhida na praxe judiciária. Com efeito, para além da informalidade da propositura da acção, o juiz do *référé* está disponível para atender os casos de urgência, em certo dia da semana e no horário pré-estabelecido, recebendo o intimado em audiência para debate oral, sendo que, em caso de extrema urgência, pode despachar na sua própria residência.

3. Os contornos actuais de uma figura sem contornos

Depois de verificarmos a instituição de *référé*, vejamos em que é que se desdobra e quais as funções que através dela são exercidas, sendo que são três as funções do *référé* normalmente invocadas: a função conservatória e a «função de polícia das situações manifestamente ilícitas» ⁽¹¹⁶⁴⁾ e a função claramente antecipatória. Ora, de acordo com o artigo 808 do NCPC, podem ser decretadas, em *référé*, «*toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse*» ou «*que justifie l'existence d'un différend*». E, nos termos do artigo 809, alínea 1, do NCPC, estas medidas são, designadamente, «medidas conservatórias» e de salvaguarda que se mostram necessárias para prevenir um dano iminente ou para fazer cessar uma lesão manifestamente ilícita, incluindo a medida de provisão a favor do credor («*une provision au créancier*»), quando a existência da obrigação não padece de séria contestabilidade (porque não é seriamente duvidosa) («*dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*»), e a ordem de execução de uma obriga-

(1164) A este propósito, vd. J. NORMAND, «Les mesures provisoires...», cit., p. 76.

ção, mesmo tratando-se de uma obrigação de fazer (nos termos do artigo 809, alínea 2, do NCPC) ⁽¹¹⁶⁵⁾.

A função conservatória é seguramente a função mais antiga e é a função do juiz de *référé* menos contestada. Dependendo dos casos, a realização desta função desdobra-se em medidas preventivas e de salvaguarda e medidas preparatórias, que se mostrem necessárias em face de uma situação conflituosa. E tal tipo de medidas conservatórias («mesures d’attente») revelam-se adequadas para salvaguardar os interesses das partes, até que uma decisão judicial ou amigável seja definitivamente tomada. Assim acontece quando se deseja acautelar o património de devedor, decretando o arresto de alguns bens, ou quando se suspende a execução de uma demolição ou a execução de uma obra, ou quando se suspende a deliberação tomada pelos órgãos sociais de uma empresa, enquanto o tribunal decide sobre a legalidade da mesma, ou quando se suspende o despedimento de trabalhadores em greve, enquanto o juiz de fundo se pronuncia sobre a legalidade do mesmo. Ao mesmo tempo, quando o juiz do *référé* designa um administrador provisório está a tomar medidas preparatórias («mesures préparatoires»), até que seja ditada a decisão definitiva para o diferendo, o mesmo acontecendo quando ordena *ante causam* medidas de instrução probatória preparatórias (nos termos do artigo 145 do NCPC). Ora, o exercício da função conservatória tem naturalmente como pressuposto a urgência da medida necessária e a aparente existência de uma verdadeira situação litigiosa entre as partes, a que a doutrina e a jurisprudência exige determinado tipo de natureza.

Se, em relação às medidas conservatórias, a existência de uma questão litigiosa séria justifica a actuação do juiz de *référé*, já quanto às medidas antecipatórias que são requeridas para obstar a uma violência manifestamente ilícita, se exige a verificação de algo diferente: «*l’absence de contestation sérieuse*» ⁽¹¹⁶⁶⁾. Aliás, a segunda função do *référé*, que NORMAND designa de «função de polícia das situações manifestamente ilícitas», desdobra-se numa dupla vertente: na necessária regulação de uma situação jurídica aparente, no sentido de fazer

⁽¹¹⁶⁵⁾ Com efeito, o artigo 809, alínea 1, do NCPC prescreve as medidas conservatórias: «*les mesures conservatoires ou de remise en état qui s’imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite*». O artigo 809, alínea 2, do NCPC precisa que «*o juge des référés*» pode, «*dans les cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable (...) accorder une provision au créancier ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire*».

⁽¹¹⁶⁶⁾ A este propósito, escreve J. NORMAND («Les mesures provisoires...», cit., p. 81): «*l’existence d’une contestation sérieuse sur le fond du droit est de nature à fonder l’intervention du juge des référés. C’est le phénomène inverse, l’absence de contestation sérieuse, qui, dans une mesure qu’il y aura lieu de préciser, apparaît dans les conditions d’exercice de la seconde fonction du juge des référés*».

respeitar direitos que não demonstram ser seriamente questionáveis (ou contestados, por não se apresentarem duvidosos («droits non sérieusement contestables»)), e no sentido de obstar a situações de esbulho («voies de fait») ou outro tipo de actuação violenta dos particulares, por existir uma actuação manifestamente ilegal. A segunda vertente é a de antecipação de efeitos. Assim acontece, em primeiro lugar, quando o juiz do *référé* decreta uma provisão a favor do credor, em relação a uma obrigação cuja existência não padece de séria contestabilidade (por não parecer ser seriamente duvidosa ou «non sérieusement contestable»), ou quando ordena a expulsão dos ocupantes ilegítimos de um imóvel ou quando obsta à publicação de uma revista que contém imagens que são um atentado manifesto e grave aos direitos de personalidade ou quando ordena a reintegração de um trabalhador ilegalmente despedido. De qualquer modo, o juiz não pode ordenar tais medidas sem examinar o fundo da questão, devendo sempre ficar pela «evidência» (1167).

Pelo que se acabou de expor, facilmente se compreende porque é que a figura de *référé* constitui uma via de atracção para o qual se encaminham os casos não só urgentes como os litígios mais simples, os litígios cujas questões, por serem pouco complexas, dispensam a *via sacra* demorada e cara que é o processo ordinário. Esta modalidade processual configura uma forma de decidir especial, informal, rápida, de tramitação variável. E, claro, não estando na lei fixado um prazo para que aquele que beneficiou com a decretação da providência provisória accione o processo principal, fácil é concluir que o recurso ao *référé* tem vindo a contribuir para reduzir significativamente o número de processos pendentes na jurisdição de mérito, sendo, agora, bem distinta a função do *référé*. Este não é somente um mecanismo assegurado é também um expediente na luta contra a demora da justiça e um instrumento de moralização da vida jurídica. Com efeito, aquele que, no quadro da evidência, é devedor de uma obrigação de fazer ou de uma obrigação pecuniária sabe de antemão que já não pode esconder-se atrás da lentidão da justiça e beneficiar com ela. O processo de *référé* tem, pois, um efeito dissuasor. E, mesmo quando este efeito não funciona, existe o processo extremamente rápido de *référé*, que desemboca numa decisão provisória (sendo que a provisoriedade decorre

(1167) Com efeito, J. NORMAND («Les mesures provisoires...», cit., p. 82) escreve o seguinte: «Assurément le juge ne peut prendre ces mesures qu'en examinant le fond du droit. Il ne peut accorder de provision qu'après s'être assuré de l'existence de la créance». Il y aurait contestation sérieuse si l'un des moyens de défense opposés à la prétention n'était pas manifestement voué à l'échec, s'il existait une incertitude raisonnable sur le sens dans lequel trancherait, s'il était saisi, le juge du fond». Sobre este conceito, apontando algumas críticas, vd. R MARTIN, «Le référé, théâtre d'apparence...», cit., p. 158; B. PETIT, «L'évidence», RTDC (n.º 3, 85.º année), 1986, pp. 486 ss., esp. p. 491.

da incapacidade de a decisão prejudicar o mérito da causa e ser insusceptível de transitar em julgado), que é ditada tendo por base uma instrução reduzida, devendo a apreciação dos seus pressupostos ser realizada em termos de «evidência» ou «não contestabilidade», sendo ainda uma decisão passível de imediata execução provisória, cuja execução é assegurada pela *astreinte*, sendo, em suma, possível restabelecer o estado de direito em curto espaço de tempo. Por tudo isto, e pese embora a heterogeneidade dos seus contornos, é um facto que, nos últimos trinta anos, o *référé* tem também «salvo a honra da justiça» (1168).

§ 3. A TUTELA DE URGÊNCIA COMO FIGURA PROCESSUAL: A ESCOLA PORTUGUESA

Razão de ordem: 0. Introdução. **1.** A configuração no ordenamento jurídico processual. **2.** A classificação doutrinal a partir de ALBERTO DOS REIS. **3.** O processo de transformação em curso

0. Introdução

Historicamente associada às providências de natureza preventiva, a tutela de urgência tem sido fundamentalmente cuidada no ordenamento jurídico português no contexto da tutela cautelar. Contudo, cumpre notar que na lei processual civil, os processos urgentes foram assumindo configurações meramente terminológicas, uma vez que à figura não foi correspondendo um corpo próprio e individualizado. E assim, a tutela de urgência foi sendo proporcionada através das acções preventivas ou conservatórias, no âmbito das quais também se foi incluindo os chamados procedimentos cautelares. De facto, privilegiando a perspectiva da tramitação urgente, a ciência do direito processual civil desconhece a estirpe dos processos urgentes, enquanto tipo de processos com consistência própria e individualizada.

Contudo, no regime paradigmático do processo civil, aquilo que se pode identificar como característico do processo urgente pode encontrar-se consagrado em outros processos, mormente nos processos cautelares. Mas, a doutrina assim não entendeu. Aliás, porque na lei processual civil sempre estiveram previstos tipos de processos especiais com função cautelar, destinados a obstar às situações de *periculum in mora* e a «garantir a efectivação de uma decisão judicial» (1169), todo o cuidado desenvolvido em prol do melhora-

(1168) A este propósito, vd. J. NORMAND, «Les mesures provisoires...», cit., p. 87.

(1169) Neste sentido, BARBOSA DE MAGALHÃES, «Natureza jurídica dos processos preventivos e conservatórios e seu sistema no Código de Processo Civil», ROA, 1945, n.ºs 3 e 4, pp. 14 ss., esp. p. 28.

mento sistemático da tutela jurisdicional de urgência e toda a atenção da doutrina foi sendo voltada para a figura dos procedimentos cautelares. Contudo, não se ignora que, para além das providências cautelares, outras modalidades de providências integraram o sistema processual português de urgência — correspondentes aos *actos preventivos ou preparatórios para certas causas*, no Código de 1876, aos *processos preventivos e processos conservatórios*, no de 1939, e aos *processos cautelares, conservatórios, preventivos e preparatórios*, no de 1961. Ora, em nosso entender, esta multiplicidade de figuras demonstra bem que a tutela jurisdicional de urgência, historicamente associada à função preventiva, sempre existiu no panorama legislativo nacional e não esteve reduzida somente à tutela cautelar. É verdade, contudo, que sempre lhes faltou a adequada sistematização, uma vez que a sua classificação categorial foi sempre realizada de forma pouco uniforme. Na verdade, a sistematização operada somente em torno dos processos cautelares, e muito por influência italiana, revela que no sistema português as situações de urgência não têm cativado a atenção suficiente para em seu redor se procurar evidenciar as técnicas de que o legislador se vai servindo para as tutelar, de tal modo que a autonomização da categoria da tutela de urgência parece não estar na mira dos estudiosos do processo civil. Por isso mesmo, compreende-se que certas soluções legislativas modernas possam parecer *aberrantes*, quando comparadas com as clássicas — mas talvez não sejam assim tanto ⁽¹¹⁷⁰⁾ (1.).

Em abono da verdade, a classificação de alguns processos como processos cautelares só aconteceu no nosso país após a publicação do estudo *calamandreiano* e de acordo com os critérios da classificação da estirpe cautelar nele apresentados ⁽¹¹⁷¹⁾, uma vez que este teve uma enorme receptividade tanto na jurisprudência ⁽¹¹⁷²⁾ como na dogmática portuguesa ⁽¹¹⁷³⁾, em par-

⁽¹¹⁷⁰⁾ Sobre algumas figuras clássicas de sumarização processual, vd. LUÍS CORREIA DE MENDOÇA, «O decreto para cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal», J, n.º 4, 2008, pp. 179 ss.

⁽¹¹⁷¹⁾ Na realidade, se a sistematização introduzida no Código de Processo Civil de 1939 se inspirou nos trabalhos preparatórios que levaram à promulgação do *Codice di Procedura Civile italiano* de 1940, também o perfil dos estudos desenvolvidos em torno dos processos preventivos e conservatórios sofreu a influência do texto calamandreiano. Com efeito, logo após a publicação daquele texto, surgem na dogmática portuguesa duas obras de suma importância: o texto de BARBOSA DE MAGALHÃES («Natureza jurídica...», cit., pp. 14 ss.) e o de J. ALBERTO DOS REIS («A figura do processo cautelar», separata n.º 3 do BMJ, 1947).

⁽¹¹⁷²⁾ BARBOSA DE MAGALHÃES («Natureza jurídica...», cit., pp. 26 e 27) cita dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, um de 5 de Junho de 1943 e outro de 25 de Junho de 1942, onde a influência do pensamento *calamandreiano* está bem evidenciado. Assim, no primeiro, é clara a distinção entre a prevenção, a urgência e o *periculum in mora*. No segundo, destaca-se

ricular em ALBERTO DOS REIS e, por seu intermédio, claro está, na lei portuguesa, já que foi significativo o contributo do Professor de Coimbra na reforma da disciplina processual civil ⁽¹¹⁷⁴⁾. Na realidade, a publicação do seu artigo, «A figura do processo cautelar», marca uma etapa da evolução da elaboração doutrinal da tutela de urgência, sendo, pois, clara a produção dogmática realizada antes e a concretizada depois da publicação daquele texto ⁽¹¹⁷⁵⁾. Com efeito, não obstante existirem estudos publicados sobre processos com função preventiva (e sobre a tutela das situações de urgência relativos a estes processos) que remontam ao início do século XX ⁽¹¹⁷⁶⁾, a elaboração doutrinal sobre a figura de tutela jurisdicional de urgência só surge com mais intensidade e perfil sistemático após a publicação do CPC de 1939 e depois de publicado o artigo do eminente processualista, sendo que todo o estudo posterior apenas acontece no contexto da técnica cautelar (2.).

Entre nós, sempre existiu uma inclinação para classificar os processos cautelares de acordo com o seu perfil preventivo. Ainda assim, a autonomização categorial da tutela cautelar, enquanto «categoria própria *a se*», não foi amplamente proposta ⁽¹¹⁷⁷⁾, pese embora ter sido reconhecida a sua autonomia

a urgência na realização de actos e na decretação de providências como uma das características mais importantes dos processos cautelares.

⁽¹¹⁷³⁾ Claro está, para além das obras de BARBOSA DE MAGALHÃES («Natureza jurídica...», cit., pp. 24 ss.) e de J. ALBERTO DOS REIS («A figura do processo cautelar...», cit., esp. pp. 12 ss.), a influência é evidenciada em: MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, 1956, esp. pp. 9 e 11; ADELINO DA PALMA CARLOS, «Procedimentos cautelares antecipadores», in: *O Direito*, ano 103, 1973, p. 241; L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências cautelares não especificadas*, Reimp., Coimbra, 1981, pp. 22 ss.; ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.^a ed., Coimbra, 1985, p. 25.

⁽¹¹⁷⁴⁾ A este propósito, vd. R. GOLDSCHMIDT, «Intorno al progetto d'un nuovo codice di procedura civile portoghese», in: *Rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1936, p. 280.

⁽¹¹⁷⁵⁾ Sobre este assunto, vd., entre outros, M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa, 1997, pp. 230 ss. e pp. 233 ss.; A. S. ABRANTES GERALDES, «Procedimento cautelar comum», in: *Temas da Reforma do Processo Civil*, III Vol., Coimbra, 1998, pp. 206 ss.; RITA BARBOSA DA CRUZ, «O arresto», *O Direito*, ano 132, 2000, pp. 107 ss.; J. LEBRE DE FREITAS/A. MONTALVÃO MACHADO/R. PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 2.º, Coimbra, 2001, pp. 21 ss. e 30 a 40; CÉLIA S. PEREIRA, *Arbitramento de reparação provisória*, Coimbra, 2003, pp. 34 ss.; JOÃO C. MARIANO, *A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória*, Coimbra, 2003, pp. 39 ss.; RITA L. DE FARIA, *A função instrumental da tutela cautelar não especificada*, Lisboa, 2003, pp. 37, 38 e 55 ss., esp. pp. 170 a 186; PAULO S. PINHEIRO, *O procedimento cautelar comum no direito processual do trabalho*, Coimbra, 2004, pp. 22 ss.

⁽¹¹⁷⁶⁾ Com efeito, sobre esta temática há designadamente um texto de A. A. LOPES DA COSTA, *Medidas preventivas, medidas preparatórias e medidas de conservação*, e outro de MANUEL RODRIGUES, *Lições de processo preventivo e conservatório*, coligidas por ALBANO BORGES PIRES/ERNESTO PEREIRA DE ALMEIDA.

⁽¹¹⁷⁷⁾ BARBOSA DE MAGALHÃES («Natureza jurídica...», cit., p. 31) refere na sua palestra a propósito dos processos preventivos ou conservatórios, que «tem de reconhecer-lhes a autonomia,

funcional, isto é, tendo em conta o seu carácter instrumental e a sua função processual própria. Mas, a existir, ela estaria mais perto de acontecer no contexto da «teoria da acção» para assumir a «categoria de tutela preventiva». Por exemplo, MANUEL DE ANDRADE fala claramente de acções preventivas ou conservatórias, sendo que, a propósito destas últimas, o autor invoca como exemplo os procedimentos cautelares. E, empregando a mesma expressão acções preventivas e conservatórias (*stricto sensu*), o autor define-as como sendo «aquelas em que o demandante, afirmando-se como titular dum direito seriamente ameaçado de violação, pretende que o tribunal adapte as providências tendentes a evitar a consumação da ameaça» (1178). E mais, o autor também afirma, a propósito dos procedimentos cautelares, que «no confronto com as acções preventivas ou conservatórias, estas são como que procedimentos cautelares definitivos; e os procedimentos cautelares são como que acções conservatórias provisionais (1179). Em nosso entender, estas expressões traduzem mais do que uma simples variação de terminologia. Elas revelam bem como a ciência processual estaria muito próxima de antever a união dos conceitos, a que hoje assistimos na figura da tutela de urgência através de processos urgentes com corpo e estrutura própria e individualizada.

Se assim foi em tempos idos, na actualidade, só na lei processual administrativa os processos urgentes têm autonomia corporal. Na verdade, na lei processual civil, os processos urgentes continuam sem corpo próprio e a figura cautelar é normalmente a concretização de toda a tutela de urgência. Aliás, descrita mais como instrumento ou como mecanismo de composição provisória do litígio, os processos cautelares tramitam de forma urgente mas não integram nenhuma categoria de tutela. Nos *Estudos* de TEIXEIRA DE SOUSA, os processos cautelares figuram como técnica de composição da lide, «composição provisória», que realiza a resolução dos interesses em conflito sem que se aguarde a emissão da decisão definitiva. Há, contudo, uma revolução em curso em torno da categorização dos processos especiais, cujo resultado será visível daqui a algum tempo (1180) (3).

que deriva da sua função processual própria (...)», sendo que constituem dentro das acções conservatórias, «um grupo à parte».

(1178) A este propósito, MANUEL DE ANDRADE (*Noções elementares...*, cit., pp. 11 e 12) considera como acções deste tipo a acção de prevenção contra o dano e a acção possessória contra o dano. O autor não chama acções aos procedimentos cautelares por estes carecerem de autonomia. Na verdade, eles pressupõem uma acção de outro tipo, já pendente ou a propor.

(1179) A este propósito, vd. MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares...*, cit., pp. 11 e 12.

(1180) Sobre este assunto, vd. RITA LYNCE FARIA, «A sumarização da justiça civil», J, n.º 4, 2008, esp. pp. 218 e 219.

1. A configuração no ordenamento jurídico

As acções cautelares estavam previstas no CPC de 1876, nos artigos 363.º e ss., onde eram denominadas como *actos preventivos ou preparatórios para algumas causas*. No Código de 1939, é-lhes consagrado o Capítulo IV do Título I do Livro III, subordinado à epígrafe *Dos Processos Preventivos e Conservatórios*, onde se prevê no artigo 405.º as *Providências cautelares*, tendo sido instituída como figura processual genérica (ainda que sem estatuto análogo ao das acções de cognição ou de execução), visto que lhes foi conferida uma disposição sistemática indiscutível, ainda que não autónoma ⁽¹¹⁸¹⁾. Com a reforma de 28 de Dezembro de 1961, a tutela cautelar instituída no processo civil passa a designar-se como *Procedimentos Cautelares*, tendo as providências cautelares não especificadas sido previstas nos artigos 339.º a 401.º do Código. Com efeito, tendo o Conselheiro Lopes Cardoso sido incumbido de relatar o capítulo relativo aos procedimentos cautelares, o autor dá conta das razões que justificavam a instrumentalidade das providências cautelares não especificadas à acção principal. Com a revisão de 95/96, nova sistematização foi introduzida em matéria cautelar, que foi considerada tecnicamente mais adequada do que a anterior ⁽¹¹⁸²⁾. Na sequência da reforma em matéria cautelar, o legislador veio prever um procedimento cautelar comum, aplicável sempre que o pedido consiste numa providência cautelar não especificada (ou numa providência cautelar especificada, apenas no caso de esta não dever seguir um procedimento próprio), e procedimentos cautelares especificados, que são próprios para desembocar em providências cautelares especificadas, e aos quais corresponde uma regulação específica.

Enfim, desta enumeração sumária conclui-se que no sistema processual civil português a urgência tem sido protegida privilegiadamente pela técnica cautelar. Contudo, e ainda assim, se a tutela atípica da urgência surge, pela primeira vez, através da técnica da tutela cautelar no Código de 1939, a verdade é que as diferentes situações de urgência já eram contempladas nos Códigos anteriores por meio de outras modalidades processuais e assim continuou a ser depois com o Código de 1961, uma vez que este continuou a prever figuras de urgência distintas da tutela cautelar, e, assim, também, se manteve após a revisão de 1995/96. Com efeito, ao logo das sucessivas alterações introduzidas no regime do processo civil, a sistematização foi sendo operada

⁽¹¹⁸¹⁾ A este propósito, vd. ADELINO DA PALMA CARLOS, «Procedimentos cautelares antecipadores...», cit., p. 239.

⁽¹¹⁸²⁾ Sobre esta assunto, vd., por exemplo, ABRANTES GERALDES, «Procedimento cautelar comum...», cit., p. 52; LEBRE DE FREITAS, «Revisão do processo civil», ROA, 1995, p. 418.

em relação aos processos cautelares. Contudo, não obstante o esforço de sistematização empreendido, verifica-se que certos processos foram sendo excluídos da estirpe cautelar, pese embora possuírem tal natureza. Mesmo hoje, tendo em conta a actual legislação, a falta de sistematização em torno dos processos com nítida vocação de tutela de urgência não foi, de todo em todo, compensada, já que alguns processos continuam incluídos no grupo dos processos especiais, sendo que a alguns deles é reconhecida a natureza de processos de jurisdição voluntária ⁽¹¹⁸³⁾.

Assim, se no CPC de 1876 a figura da tutela de urgência inominada era completamente ausente, já que o legislador optou pela expressão *actos preventivos e preparatórios*, sendo que esta incluía apenas algumas medidas cautelares nominadas, tais como as de arresto e de embargo de obra nova, o CPC de 1939 introduziu tal figura, pese embora ter optado pela designação *processos preventivos e conservatórios* sem os definir e sem os distinguir ⁽¹¹⁸⁴⁾. Tal designação, integraria tanto as acções conservatórias propriamente ditas e processos conservatórios, incluindo os de natureza cautelar, com consequente possibilidade de decretação de providências cautelares típicas e providências cautelares não especificadas, como incluiria outros processos dispersos, previstos em várias disposições do Código (de 1939) aos quais se reconhecia uma idêntica função preventiva ⁽¹¹⁸⁵⁾. Em 1961, o legislador não só veio agrupar os

⁽¹¹⁸³⁾ Já para não falar em processos com natureza urgente previstos em legislação avulsa, importa reter que o CPC integra no Título IV do Livro III, sob a epígrafe Dos Processos Especiais, diversas e heterogêneas figuras processuais, sendo que algumas delas são agrupadas em torno dos processos de jurisdição voluntária, no capítulo XVIII, e poderiam sistematicamente exigir diferente tratamento.

⁽¹¹⁸⁴⁾ Assim, BARBOSA DE MAGALHÃES («Natureza jurídica...», cit., pp. 15, 18 e 19), referindo que seria preferível «o qualificativo preventivo tanto para as acções como para os processos», considera que, não obstante não existir um critério legal de distinção, o que distingue, na sua perspectiva, os dois tipos é o facto de as primeiras terem vida própria e independente e os segundos pressuporem necessariamente a existência de uma outra acção, da qual dependem. Assim: «as acções conservatórias propriamente ditas [não dependem] necessariamente da existência de uma acção principal, ao passo que os processos conservatórios [dependem]».

⁽¹¹⁸⁵⁾ Tendo em conta que o que distingue as acções conservatórias dos processos conservatórios assenta no critério da instrumentalidade, já que estes últimos (sendo instrumentais) são cautelares e as aquelas não, BARBOSA DE MAGALHÃES («Natureza jurídica...», cit., p. 21) considera que as acções conservatórias propriamente ditas são «as que tendem a acautelar um prejuízo que se receia, tendo todavia vida própria e independente (p. 19). À categoria das acções conservatórias pertencem as acções possessórias de prevenção (artigo 1032.º), as de prevenção contra o dano (artigo 1051.º), as para prestação e reforço de caução (artigos 437.º, 441.º, 446.º e 450.º), as que tendem à realização de depósitos (artigo 453.º), as que tendem à realização de protestos (artigo 455.º), as de concordata, acordo de credores e moratória, quando preventivos da falência, e as que tendem à realização de inquéritos judiciais (artigo 1531.º). À segunda categoria, isto é, aos processos conservatórios (ou cautelares), pertencem o de restituição provisória

processos cautelares sob a inscrição procedimentos cautelares, parecendo, deste modo, afastar-se o carácter autónomo da acção cautelar, como manteve sem sistematização os demais processos conservatórios, processos preventivos e processos preparatórios⁽¹¹⁸⁶⁾. De qualquer modo, a partir desta altura, a autonomização sistemática dos processos cautelares parece ser um dado irreversível, entendendo-se, então, que «no *periculum in mora* [estaria] o acento específico da medida cautelar, aquilo que a distingue bem das outras medidas de carácter preventivo e conservatório⁽¹¹⁸⁷⁾».

Ainda que sem um critério explícito de agregação em torno da figura da tutela preventiva, as diversas modalidades de tutela urgente foram sendo espalhadas pelos Código, sob a epígrafe processos cautelares, conservatórios, preparatórios e preventivos. Enfim, excepcionando os processos cautelares, esta falta de sistematização legal em torno da tutela com função preventiva que actua de urgência — *id est*: tutela jurisdicional de urgência — só prova que historicamente o sistema jurídico português não concentrou na técnica da tutela cautelar toda a tutela de urgência, tendo, como já vimos, em 1939 e em 1961, deixado algumas situações de urgência ao cuidado de acções conservatórias e

da posse (artigos 440.º a 402.º), o de suspensão de deliberações sociais (artigos 403.º e 404.º), o das providências cautelares, entre as quais o de depósito de imóveis (artigos 405.º a 408.º), o de arresto preventivo (artigos 409.º a 415.º), o de embargo de obra nova (artigos 420.º a 428.º), o de imposição de selos e de arrolamento (artigos 429.º a 435.º), o das cauções processuais e seu reforço (artigos 443.º a 452.º), o da suspensão de poder paternal e tutela e conseqüente depósito de menor (artigo 968.º), o do depósito de mulher casada (artigo 1467.º) e o de arrolamento e depósito de bens abandonados (artigo 1502.º).

⁽¹¹⁸⁶⁾ A este propósito, J. DOS SANTOS SILVEIRA (*Processos de natureza preventiva e preparatória*, Coimbra, 1966, pp. 10 ss.), analisando a «categoria de processos com função preventiva» em sentido lato, dá realce aos processos cautelares, consagrados nos artigos 388.º a 426.º, tendo neles reconhecido «qualquer coisa de específico: o combate ao *periculum in mora*. Destaca igualmente os processos conservatórios, previstos nos artigos 428.º a 443.º e 1450.º do CPC, através dos quais o requerente visa conservar o seu direito, os processos preventivos propriamente ditos, entre os quais se conta a acção possessória de prevenção e a acção de prevenção contra o dano, previstas respectivamente nos artigos 1033.º e 1052.º do CPC, e os processos preparatórios, previstos, designadamente, nos artigos 444.º a 446.º e artigo 1465.º do CPC.

⁽¹¹⁸⁷⁾ Neste sentido, J. DOS SANTOS SILVEIRA, *Processos de natureza preventiva...*, cit., p. 18. Para o autor, são providências de natureza cautelar, a de alimentos provisórios, a de restituição provisória de posse, a de suspensão de deliberações sociais, a de arresto, a de arrolamento, a de embargo de obra nova, a de depósito de mulher casada e as não especificadas. Refere a este propósito o magistrado que: «se bem que todas têm um carácter preventivo, a verdade é que as podemos reunir atentando no que há de predominante em cada uma das espécies. Com efeito, as medidas cautelares, o que as caracteriza é o aspecto provisório, por virtude do *periculum in mora*; nas conservatórias, domina a característica da conservação de um direito que se obtve; nas preparatórias, o acento tónico encontra-se no aspecto preliminar ou preparatório do acto em relação à acção a propor futuramente, em mira à solução de uma contenda que se levantou; e nas preventivas, temos que se deseja, sobretudo, o afastamento de uma actuação que ameaça ofender um direito real».

processos preventivos ou conservatórios sem natureza cautelar⁽¹¹⁸⁸⁾. Contudo, em nosso entender, não é pelo facto de o legislador não lhes dar tal nome que se pode negar a sua existência legal e que se deve deixar de analisar a sua natureza urgente não cautelar. Na verdade, também BARBOSA DE MAGALHAES e ALBERTO DOS REIS reconheceram tal natureza urgente não cautelar a diferentes processos sistematizados legalmente como cautelares.

De facto, a sistematização operada pelo legislador em 1939, em torno apenas da técnica cautelar, revelou-se não só complexa como insuficiente, tendo dado azo a que aqueles Professores procedessem a uma classificação pouco uniforme da natureza jurídica de alguns processos. Vamos dar dois exemplos do que falamos. O primeiro reporta-se ao processo de alimentos provisórios. Este processo foi, nessa altura, classificado pelo Professor de Lisboa como processo urgente não cautelar, uma vez que tal processo «ocorre a uma necessidade urgente inadiável», mas «não constitui garantia da eficácia de qualquer decisão», já o mesmo na considerava ALBERTO DOS REIS. O outro exemplo respeita ao processo de restituição provisória da posse, um processo classificado pelo Professor de Coimbra como um processo urgente não cautelar, visto que nele se configura uma situação de urgência *tout court* e não de *periculum in mora*⁽¹¹⁸⁹⁾ — sendo que o mesmo já não considerava BARBOSA DE MAGALHÃES. Também

⁽¹¹⁸⁸⁾ A este propósito, vd. a crítica de BARBOSA DE MAGALHÃES («Natureza jurídica...», cit., pp. 20 e 21) onde refere que sob o ponto de vista legal não há critério algum para distinguir as acções conservatórias dos processos preventivos, uma vez que uns e outros caem sob o domínio da alínea *c*) do artigo 4.º, porque visam acautelar um prejuízo que se receia. Contudo, sob o ponto de vista doutrinário, entende que as acções conservatórias propriamente ditas não supõem necessariamente a existência de uma acção principal, ao passo que os processos conservatórios a supõem. J. ALBERTO DOS REIS («A figura do processo cautelar...», cit., p. 19) prefere afastar da sua sistematização o agrupamento realizado pelo legislador, uma vez que este agrupa diferentes espécies na «rubrica *Dos processos preventivos e conservatórios*». Como escreve: «[há] que verificar que nem todos podem, em rigor, classificar-se de cautelares; [chega-se] à conclusão de que nem a todos se ajusta a denominação de *conservatórios*. O que [para o autor interessava] naquele momento [era] isolar da massa dos processos preventivos ou conservatórios, o tipo de processo destinado a exercer a função cautelar», que, como já vimos, impõe a consideração do *periculum in mora*».

⁽¹¹⁸⁹⁾ Com efeito, BARBOSA DE MAGALHÃES («Natureza jurídica...», cit., p. 22), tendo procedido à classificação das várias acções conservatórias propriamente ditas e à dos processos conservatórios (ou cautelares) e tendo referido que o que as distingue é o carácter instrumental e de garantia dos segundos, menciona que, no seu entender, «o processo de alimentos provisórios, porque não se destina a acautelar prejuízo algum, mas antes (...) a ocorrer a uma necessidade urgente inadiável», não é um processo conservatório (ou cautelar), o mesmo acontecendo com a produção antecipada de diligências de prova, uma vez que neles não se configura a situação de *periculum in mora*, não obstante o carácter urgente da situação. Já por seu lado, ALBERTO DOS REIS («A figura do processo cautelar...», cit., p. 30) considera que aquele processo urgente é um processo cautelar porque nele se verificam os pressupostos de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Contudo, também ALBERTO DOS REIS («A figura do processo

o código de 1961, ao continuar a dar protecção a situações de urgência através de processos destituídos da técnica cautelar, revela que há processos que cuidam urgente e preventivamente certas situações que continuam sem classificação categorial ⁽¹¹⁹⁰⁾. O mesmo acontece ainda hoje com certos processos com função fundamentalmente preventiva e urgente ⁽¹¹⁹¹⁾.

cautelar...», cit., pp. 41 ss.) reconhece que há outros processos urgentes sem natureza cautelar. Assim, de entre a rubrica «Dos Processos preventivos e conservatórios», só a restituição provisória da posse (artigo 400.º), cauções (artigos 453.º e 455.º), depósitos e protestos (artigos 543.º e 455.º) não são processos cautelares porque «não se destinam a evitar o *periculum in mora*». Aliás, reconhece a urgência do processo de restituição provisória da posse no caso de esbulho violento, uma vez que pode permitir ao possuidor obter a reparação imediata da violência de que foi vítima. Assim, no caso do esbulho violento, não obstante negar a existência de um *periculum in mora*, o Professor de Coimbra menciona a existência de uma situação de urgência autónoma. Com efeito, «implica a apreciação provisória da lide, antecipa o efeito da decisão definitiva», sendo «que se antecipa provisoriamente a restituição, não para ocorrer a qualquer perigo iminente de insatisfação do direito, mas para apagar, de pronto, o malefício da violência». Reconhece, pois, a necessidade da tutela jurisdicional urgente (subl. nosso).

⁽¹¹⁹⁰⁾ Com efeito, J. DOS SANTOS SILVEIRA (*Processos de natureza preventiva...*, cit., pp. 178 e 179), à luz do Código de 1961, não afasta a urgência *lato sensu* do recurso aos processos conservatórios (a prestação de caução, o reforço de caução e a arrecadação judicial de bens abandonados), invocando que «os direitos adquiridos, cujo exercício se prolonga mais ou menos no tempo, carecem de defesa e conservação, sob pena de o seu titular correr o risco de ser ver deles privado». No seu entender, aqueles processos são aptos para a emissão de «uma medida que permita a conservação dos direitos». No caso do processo previsto no artigo 1450.º, a urgência decorre do objecto percívél sujeito a arrecadação: «havendo bens abandonados, por estar ausente o proprietário, por estar jacente a herança ou por outro motivo, e tornando-se necessário acautelar a perda ou deterioração, serão arrecadados judicialmente, mediante arrolamento». E o autor também não afasta a existência de uma situação de urgência no recurso aos processos preventivos, ao mencionar que «perante a ameaça ou justo receio de ofensa a um direito, é inteiramente justificável que se reconheça ao titular desse direito a medida destinada a arredar a ameaça, a evitar o dano futuro. Assim acontece para efeito da defesa da posse e dano, já que a medida tende a afastar o perigo ou receio de perturbação ou lesão do direito que se invoca».

⁽¹¹⁹¹⁾ Observe-se que, já para não falar em processos com natureza urgente previstos em legislação avulsa, o CPC integra no Título IV do Livro III, sob a epígrafe «Dos Processos Especiais», diversas e heterogéneas figuras, sendo que algumas delas são agrupadas em torno dos processos de jurisdição voluntária, no Capítulo XVIII. Assim, tendo em conta o critério estrutural, isto é, o modo como através de cada um dos processos se realiza a tutela, não se duvida que há semelhanças entre alguns dos tipos dos processos que o legislador insere neste Título e outros que fazem parte do grupo dos processos de jurisdição voluntária, tal como há sérias diferenças entre os processos que integram o capítulo dos processos de jurisdição voluntária. Por exemplo, os parâmetros da tutela de urgência (designadamente, os relativos à sumariedade procedimental e cognitiva, a provisoriedade da decisão e o carácter preventivo da tutela) estão presentes tanto na venda antecipada de penhor (artigos 1013.º ss.), como em alguns processos em matéria de família (filhos e cônjuges) (artigos 1412.º ss.), nos processos relativos à tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial (artigos 1474.º ss.), no processo para apresentação de coisas ou documentos (artigos 1475.º ss.), bem como, designadamente, nos processos para exercício de alguns direitos sociais (artigos 1479.º ss.).

Neste contexto, poderíamos questionar, como se pode classificar a figura introduzida pelo artigo 16.º do regime processual experimental aprovado pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho. Como se sabe, este regime veio introduzir a faculdade de, no âmbito do processo cautelar, depois de ouvidas as partes, o juiz antecipar o juízo sobre a causa principal. Não se resumindo a permitir a antecipação da decisão de mérito por razão de urgência *tout court*, como acontece nos termos do artigo 121.º do CPTA, a alteração introduzida no processo civil não surge apenas no contexto da economia do processo, com certeza, sendo assim compreensível que o artigo 16.º deste diploma exija que para além de serem trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso haja interesse em obter a decisão antecipada da causa ⁽¹¹⁹²⁾. Enfim, neste contexto, podemos questionar se estamos ainda aqui perante um processo cautelar que desemboca numa decisão definitiva ou se estamos perante um novo *processo urgente atípico* que é apto a desembocar numa decisão de fundo.

2. A classificação doutrinal a partir de ALBERTO DOS REIS

Ainda que se reconheça a existência de estudos prévios, alguns deles cientificamente desenvolvidos, é, de facto, a partir da publicação do texto de ALBERTO DOS REIS que entre nós se elabora dogmaticamente a figura da tutela de urgência através da técnica cautelar. E, neste aspecto, escusado será relembrar que tais estudos acolhem em pleno a dogmática italiana, que foi sendo elaborada fundamentalmente em alicerces *calamandreianos* ⁽¹¹⁹³⁾: a urgência é

⁽¹¹⁹²⁾ Sobre este assunto, vd. E. BORGES MAIA/INÊS SETIL, «Breve comentário ao regime processual experimental aprovado pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8-6», SI, n.º 306, 2006, pp. 312 ss.; esp. p. 334.

⁽¹¹⁹³⁾ Neste domínio, a influência italiana acontece fundamentalmente pela obra *Introdução ao estudo sistemático das providências cautelares* de CALAMANDREI, que, como vimos, sintetiza o dogmática *pré-chiovendiana* e constitui uma ponte entre a obra de CHIOVENDA e a vindoura. Contudo, o pensamento de CARNELUTTI foi também acolhido entre nós. ALBERTO DOS REIS («A figura do processo cautelar...», cit., pp. 16 e 17) acolhe do seu *Sistema di Diritto Processuale* a «composição provisória da lide». Mas, esta obra (na tradução espanhola de ALCALÁ-ZAMORA, Vol. I, pp. 243 ss.) também teve receptividade em ADELINO DA PALMA CARLOS («Procedimentos cautelares antecipadores», *O Direito*, ano 105, 1973, Janeiro/Março, pp. 246 e 247). Este explica que aquele autor atribuía aos processos cautelares um fim de prevenção e enumerava duas modalidades de tutela preventiva de urgência: a conservativa e a inovativa. Para CARNELUTTI, os processos cautelares inovativos poderiam conduzir a uma modificação antecipada de uma situação jurídica, não se limitando a eliminar uma situação perigosa de desigualdade entre as partes. Pelo contrário, o autor considerava essencial tal modalidade de tutela cautelar, já que a função antecipatória da decisão principal seria principalmente adequada para os casos em que o decréto retardado da sentença seria susceptível de resultar ineficaz. CARNELUTTI fala-nos também

essencialmente associada a *periculum in mora*; a tutela de urgência é autonomizada e destacada perante a função declaratória e a executória, sendo integrada na função preventiva, já que é a esta figura que corresponde a função jurisdicional realizada pelos processos cautelares. É neste cenário que a doutrina portuguesa advoga a essencialidade da atipicidade da acção cautelar (acção preventiva, acção provisória), de modo a poder prevenir todas as situações de ameaça de dano e em termos que seja possível tutelar todas as situações de urgência não contempladas por processo especial.

No contexto especial dos processos cautelares, os autores portugueses destacam-lhe o seu carácter instrumental perante um outro processo principal e reforçam a característica da provisoriedade. Com efeito, consideram que a composição provisória da lide é a forma mais eficaz para tutelar as situações de urgência. Destacam como pressupostos ou condições de procedência da tutela cautelar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. E aceitam que a tutela de urgência seja decretada após a realização de uma instrução perfunctória do *thema probandum* e de um exame sumário, breve e rápido do *thema decidendum* (*summaria cognitio*), em termos que seja formada a convicção do tribunal quanto à probabilidade do direito que se invoca e que ficará em risco de sofrer um prejuízo. Neste contexto, os conceitos *calamandreianos* de «instrumentalidade hipotética», de «aparência do direito», de «verosimilhança em sentido restrito» e de «juízo hipotético» são plenamente aceites, entre nós, e repetidos sem polémicas. Neste cenário, a tutela de urgência através da técnica cautelar vai sendo associada a um género de categoria de tutela jurisdicional, regida por princípios distintos dos aplicáveis às outras categorias e por regras especiais, onde se destaca a entrega ao juiz de poderes maiores⁽¹¹⁹⁴⁾. O carácter *sui generis* do processo cautelar, que é eminentemente marcado pela sua função, e a natureza derogatória do regime a que está sujeito são comumente reconhecidos pelos autores portugueses.

na sua obra *Direito e Processo* (p. 354) em três finalidades principais para os processos cautelares: a de impedir a alteração provável de uma situação; a de eliminar a alteração já verificada de uma situação e a de antecipar a mudança provável ou simplesmente possível de uma situação. Como nos diz o autor português, aquele afirmava, pois, a existência de um «processo cautelar antecipatório». Estes últimos conceitos foram determinantes na redacção do parecer dado por ADELINO DA PALMA CARLOS, em favor do decretamento de uma providência cautelar antecipatória.

⁽¹¹⁹⁴⁾ Com efeito, BARBOSA DE MAGALHÃES («Natureza jurídica...», cit., pp. 32 e 33) afirma «a autonomia do direito a obter providências conservatórias» à qual não corresponde, contudo, a autonomia processual do processo, já que este é acessório do principal, «pese embora ter o seu rito próprio diferente da acção principal». Também ALBERTO DOS REIS («A figura do processo cautelar...», cit., pp. 19 ss.) destaca a autonomia funcional da tutela cautelar, tendo inclusive justificado a entrega ao «juiz de poderes quase discricionários» (p. 38).

Com BARBOSA DE MAGALHÃES, não há apenas um contributo para a elaboração sistemática da figura dos processos cautelares. O Professor de Lisboa, em 1945, chegou mesmo a afirmar que «existe uma direito substancial de cautela» ⁽¹¹⁹⁵⁾ (2.1). Alguns anos depois, é ALBERTO DOS REIS quem classifica a estirpe cautelar de entre os processos preventivos e conservatórios, sendo que não foi tão longe na classificação da garantia cautelar — o que se compreende, uma vez que a sua obra foi elaborada de acordo com os parâmetros *calamandreianos* (2.2.). MOITINHO DE ALMEIDA é um dos autores que mais tem escrito sobre as diversas espécies de providências cautelares, tendo procurado abarcar todas elas de forma sistemática ⁽¹¹⁹⁶⁾. E também ADELINO DA PALMA CARLOS publicou um parecer em matéria cautelar, onde é dado um forte contributo para a compreensão da providência cautelar antecipatória. Mais recentemente, outros textos que dão atenção à tutela cautelar foram sendo publicados. Contudo, em momento algum, se tem procurado evidenciar que tal tipo de processos seja uma espécie do género da categoria da tutela jurisdicional de urgência. Pelo contrário, todo o investimento legal e doutrinal resume-se apenas à figura cautelar (2.3.).

2.1. O Professor de Lisboa, BARBOSA DE MAGALHÃES, trata, em 1945, a natureza jurídica dos processos preventivos ou processos conservatórios (*id est*, processos cautelares, se bem que ainda assim não designados nem na lei nem pelo autor) e destaca-lhes a sua função preventiva: «têm por fim acautelar um prejuízo que se receia, um prejuízo que pode ter já começado, mas que se visa evitar que continue» ⁽¹¹⁹⁷⁾. Assim, expressando algum descontentamento em relação à sistematização e terminologia empregue pelo legislador de 1939,

⁽¹¹⁹⁵⁾ Com efeito, BARBOSA DE MAGALHÃES («Natureza jurídica...», cit., pp. 32 e 33), inspirando-se em ALLORIO, diz, na realidade, o seguinte: «que há um direito substancial de cautela, mas com outra natureza e outra amplitude (...). Nós consideramo-lo como fazendo parte do direito de acção, colocando-o ao lado do direito de fazer declarar um direito ou de fazer efectivar um direito declarado». E acrescenta, inspirando-se em CHIOVENDA, que «fazêmo-lo derivar de um princípio geral consagrado na legislação portuguesa, no artigo 12.º do Código Civil: toda a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensáveis para o seu exercício».

⁽¹¹⁹⁶⁾ Por exemplo, «os processos cautelares em geral», JF, 28 (1964), pp. 21 ss.; IDEM, «Produção antecipada de provas», SI (n.º 90), 1968, pp. 277 ss.; IDEM, *Providências cautelares não especificadas*, Reimp., Coimbra, 1981; IDEM, *O processo cautelar de apreensão de veículos automóveis*, 5.ª ed., Coimbra, 1999.

⁽¹¹⁹⁷⁾ Assim, BARBOSA DE MAGALHÃES («Natureza jurídica...», cit., p. 15) refere que seria preferível «o qualificativo preventivo tanto para as acções como para os processos», uma vez que há acções e processos conservatórios que nem sempre visam conservar o *statu quo*, a situação de facto existente e, pelo contrário, tendem à mudança desse estado, à criação duma situação nova, e são, portanto inovadores.

para o autor, os processos conservatórios, além de acautelarem um prejuízo e de pressuporem necessariamente uma outra acção a propor ou já proposta, têm as seguintes características: as respectivas providências visam garantir a eficácia duma decisão judicial a proferir ou já proferida; essas providências são urgentes, isto é, têm de ser urgentemente decretadas e executadas, e para isso devem os respectivos processos ser, tanto quanto possível, simples e rápidos; são processados por apenso à acção principal, quer sejam requeridos como preparatório, quer como incidente dela. E, inspirando-se em ALLORIO, refere que «as providências preventivas», por causa do carácter urgente e provisório, «são menos graves» do que as providências definitivas, já que entre a sanção cautelar e a sanção principal há uma diferença intrínseca, resultante da diversidade de objectivos. Aquelas realizam uma função de garantia, mais especificamente, de garantia subsidiária, já que através deles não se visa a satisfação imediata de um interesse, mas sim conseguir que esse interesse seja satisfeito posteriormente. Ou, por outras palavras, «eles proporcionam as diligências necessárias para garantir que mais tarde, oportunamente, se consiga a eficácia das decisões proferidas num processo ulterior» (1198).

2.2. Como já indicámos sumariamente na introdução ao parágrafo, o primeiro — e talvez, por isso mesmo, o mais significativo — contributo para a classificação dos processos de tipo cautelar é dado por ALBERTO DOS REIS, em 1947, logo após a publicação das monografias *chiovendianas*, *carnelettianas* e *calamandreianas*. E a partir delas, apurou que o aspecto distintivo do processo cautelar reside na sua função: «evitar o *periculum in mora* [, tendo concluído que] este é, na verdade, o fim essencial das providências cautelares» (1199). Neste sentido, e desde então, «o perigo da demora inevitável do processo» tem sido constantemente apontado, entre nós, como a razão de ser da existência dos processos cautelares (1200), já que a função cautelar não

(1198) Neste sentido, BARBOSA DE MAGALHÃES, «Natureza jurídica...», cit., p. 26.

(1199) J. ALBERTO DOS REIS, «A figura do processo cautelar...», cit., p. 17.

(1200) Para uma visão global, vd. J. ALBERTO DOS REIS, «A figura do processo cautelar...», cit., pp. 21 a 24; TITO ARANTES, «Emprego abusivo de providências cautelares», RT, ano 66, 1948, n.ºs 1561 a 1584, pp. 114 a 116, e n.º 1569, pp. 130 a 132; «ERIDANO DE ABREU, «Das providências cautelares não Especificadas», *O Direito*, 94, 1962, pp. 110 a 119; J. SANTOS SILVEIRA, *Processos de natureza preventiva...*, cit., p. 10; M. BAPTISTA LOPES, *Dos procedimentos cautelares*, Coimbra, 1965; LOPEZ CARDOSO, «Processos preventivos e conservatórios», in: *Projectos de revisão do Código de Processo Civil*, I, 1958, pp. 97 ss.; VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», RDES, 1977, pp. 195 a 283; MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares...*, cit., pp. 8 e 9; L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências cautelares não Especificadas*, Coimbra, 1981; ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil...*, cit., pp. 22 ss.;

ficaria suficientemente individualizada se apenas se dissesse a seu respeito «que esta consiste em acautelar um prejuízo que se receia» ou em «remover a ameaça de um dano jurídico», pois, nestes termos, estaríamos a identificar um tipo de tutela preventiva, que realiza uma função preventiva geral. O traço típico do processo cautelar está, assim, tanto «na espécie de perigo que ele se propõe conjurar ou na modalidade de dano que pretende evitar» como no meio de que se serve para conseguir o resultado a que visa, isto é, proporcionando uma «solução provisória do litígio»⁽¹²⁰¹⁾. É neste contexto que o autor traça o perfil da figura do processo cautelar, pondo em foco o fim a que visa (evitar o *periculum in mora*) [— já que a tutela jurisdicional não é *instantânea*, demora por causa da *instrução* cuidadosa, *discussão* amadurecida e *juízo* ponderado —] e o meio de que se serve (solução provisória do litígio)». Com efeito, porque o processo visa remover o *periculum in mora*, a sua tramitação há-de ser forçosamente simples e rápida, sob pena de a sua estrutura estar em flagrante desarmonia com a função. A situação de urgência está aqui bem patente nas palavras do Professor de Coimbra: «o *periculum in mora* caracteriza-se pela ameaça iminente de dano jurídico; portanto, a providência cautelar ou actua rapidamente ou não preenche o fim a que se destina»⁽¹²⁰²⁾.

Daí resulta a necessidade da apreciação provisória, sendo que «o carácter provisório da decisão tomada pelo juiz no processo cautelar (...) contrapõe-se [para o autor] à que há-de ser proferida no processo principal». Assim, é provisória «porque é destinada a produzir efeitos somente até ao momento em que se forme a decisão definitiva», por um lado. Por outro lado, é «precisamente porque assenta sobre uma *summária cognitio* que a decisão expressa na providência cautelar aparece com a feição de provisória».

2.3. Em 1964, MOITINHO DE ALMEIDA confirma que a expressão procedimentos cautelares usada no CPC de 1961 designa de uma maneira geral os meios processuais acessórios de que a parte se pode servir para obstar a que um provável empecilho venha inutilizar ou enfraquecer o fim da lide. Porém,

J. DE CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, I Vol., s.d., AAFDL, Lisboa, pp. 251 a 263; J. F. RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil...*, cit., p. 159.

⁽¹²⁰¹⁾ Nas palavras de J. ALBERTO DOS REIS («A figura do processo cautelar...», cit., p. 20; *Código de Processo Civil anotado*, Vol. I, 3.^a ed., reimp., Coimbra, 1982, pp. 619 ss.), «o perigo especial que o processo cautelar remove é este: o *periculum in mora*, isto é, o perigo resultante da demora a que está sujeito um outro processo (o processo principal), ou, por outras palavras, o perigo derivado do caminho, mais ou menos longo, que o processo principal tem de percorrer até à decisão definitiva».

⁽¹²⁰²⁾ J. ALBERTO DOS REIS, «A figura do processo cautelar...», cit., pp. 23 e 24.

o autor prefere, terminologicamente, a expressão processo à de procedimento, já que aquela traduz melhor o carácter de verdadeira acção cautelar ⁽¹²⁰³⁾. Os «processos cautelares, com a sua natureza de garantia, revestem [de acordo com o entendimento do autor] as seguintes características: a urgência, a dependência e a provisoriedade», sendo que a urgência é associada ao *periculum in mora* ou *periculum morae*, isto é, ao estado de perigo a que o titular do direito está exposto por causa da demora do processo. E este pressuposto «é [para o autor] uma característica dos processos cautelares porque um dano iminente exige uma cautela urgente».

Assim, em nome da urgência ou do *periculum morae*, e da possibilidade de o titular do direito poder vir a sofrer danos irreparáveis ou de difícil reparação, o processo cautelar surge como meio de antecipar certos efeitos jurídicos que normalmente são próprios do julgamento da acção principal, sendo que tal antecipação «pode consistir em pré-ordenar meios que assegurem a eficácia da execução da sentença final a proferir» e «em obter o julgamento preliminar e provisório sobre a relação litigiosa». É neste contexto que surge a característica da provisoriedade. Assim, porque é a acção principal que há-de definir, em termos definitivos, a relação jurídica litigiosa, a providência decretada no processo cautelar não pode deixar de ter carácter provisório. E, como explica, «é por causa da característica de provisoriedade que a providência cautelar ou caduca nas várias hipóteses previstas na lei ou é declarada extinta ou é levantada quando assim é requerida pelo réu» ⁽¹²⁰⁴⁾.

Este autor classifica as acções cautelares como acções cautelares conservativas ou conservatórias, sendo estas as que se destinam a manter uma situação de facto que injustamente se pretende alterar, como a proibição de dispor, e as acções inovativas, que são as que visam modificar uma situação anterior, a saber: a restituição provisória da posse. Quanto às condições de que depende o decretamento das providências ou «condições de exercício (ou pressupostos) da acção cautelar, segundo a terminologia do autor, elas são duas: a verificação da aparência do direito, ou seja, de um *fumus boni iuris*, sendo que se considera suficiente que o tribunal realize «uma apreciação ou um juízo de mera probabilidade ou verosimilhança», e a demonstração do perigo de insatisfação daquele direito aparente. Neste caso, e na senda da doutrina italiana, considera o autor que um juízo de probabilidade mais forte e convincente» é necessário, não querendo dizer, contudo, que esse juízo seja o de certeza. É neste

⁽¹²⁰³⁾ A este propósito, vd. L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, «Os processos cautelares em geral», JF, ano 28, 1964, pp. 21 ss.

⁽¹²⁰⁴⁾ L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, «Os processos cautelares em geral...», cit., p. 25.

contexto que MOITINHO DE ALMEIDA, na esteira do pensamento de ALBERTO DOS REIS, considera que a apreciação jurisdicional de que emerge a providência cautelar, que é decretada em defesa do direito aparente e para impedir que o dano se produza, se traduz em dois diferentes tipos de juízos: um juízo de simples probabilidade, que incide sobre a verificação do direito aparente de que o requerente alega ser titular; e um juízo de certeza, ou pelo menos, de probabilidade muito forte, que incide sobre a verificação da ameaça de dano jurídico. Segundo este autor, porque a necessidade de fazer depressa está em conflito com a necessidade de fazer bem, no processo cautelar deve conciliar-se, tanto quanto possível, o interesse da celeridade com o interesse da ponderação. É, pois, por isso, que o autor, seguindo o trilho de MANUEL RODRIGUES, afirma que «o processo conservatório é um processo tanto quanto possível simplificado. As formas amplas, os termos largos, as intervenções frequentes e complexas das partes, são-lhe estranhas».

Ao mesmo tempo que considera que o processo civil tem essencialmente três fins ⁽¹²⁰⁵⁾: prevenção da violação do direito; declaração do direito controvertido ou incerto e efectivação do direito declarado ou consubstanciado em título bastante para tornar desnecessária a sua prévia declaração judicial, ADELINO DA PALMA CARLOS explica que as acções cautelares são aquelas que têm como fim prevenir a violação do direito. Tais acções conduzem à adopção de medidas de garantia do direito contra uma ameaça; medidas necessariamente provisórias e não definitivas. Neste sentido, este autor considera que o exame e a instrução cautelares têm de ser breves, sumários e rápidos, sendo que às necessidades de ponderação primam as de celeridade. E, por isso, em muitos casos adoptam-se no processo cautelar medidas contra certa pessoa sem prévia audiência desta, com denegação do basilar princípio do contraditório, ou da contraditoriedade, contido no artigo 3.º do Código de Processo Civil ⁽¹²⁰⁶⁾.

Em suma, para este autor, o procedimento cautelar é aquele que se destina a evitar um prejuízo grave (*periculum in mora*), que ameaça um direito subjectivo; prejuízo tão iminente que não pode esperar pela solução final de uma acção declarativa ou executiva (acção principal), instaurada ou a instaurar em curto prazo, e que exige a adopção de medidas urgentes, depois de um breve exame e instrução da causa (*summaria cognitio*), durante o qual o juiz tem de convencer-se apenas da probabilidade ou verosimilhança da existência do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo invocados ⁽¹²⁰⁷⁾.

⁽¹²⁰⁵⁾ ADELINO DA PALMA CARLOS, «Procedimentos cautelares antecipadores...», cit., pp. 236 ss.

⁽¹²⁰⁶⁾ ADELINO DA PALMA CARLOS, «Procedimentos cautelares antecipadores...», cit., pp. 240 e 241.

⁽¹²⁰⁷⁾ ADELINO DA PALMA CARLOS, «Procedimentos cautelares antecipadores...», cit., p. 241.

Para ANTUNES VARELA *et al.*, «as providências cautelares visam precisamente impedir que, durante a pendência de qualquer acção declarativa ou executiva, a situação de facto se altere de modo a que a sentença nela proferida, sendo favorável, perca toda a sua eficácia ou parte dela». Neste sentido, a tutela cautelar visa «acautelar o efeito útil da acção», ou o mesmo será dizer, visa evitar que a sentença que vier a ser proferida seja, por impossibilidade de execução, «uma decisão puramente platónica» (1208). Também ANSELMO DE CASTRO acentua o carácter instrumental dos procedimentos cautelares, já que, no seu entender, estes asseguram os resultados da acção, tendo distinguido duas formas de actuação cautelar: a que se traduz em manter um «*status quo* para que ele se não altere em condições tais que não seja susceptível de reintegração» e em antecipar a realização do direito que venha, eventualmente, a ser reconhecido no processo principal (1209).

3. O processo de transformação em curso

Vejamos qual é o estado actual da questão. A doutrina da actualidade confirma, em parte, a posição clássica (1210). Contudo, TEIXEIRA DE SOUSA parece distanciar-se em alguns momentos. Ao tratar a tutela cautelar como sendo uma das formas de composição da lide, qualifica-a como «composição provisória» — um tipo de resolução dos interesses em conflito sem que se aguarde o proferimento da decisão definitiva —, parecendo querer falar em técnica de resolução provisória de conflitos, por razão da urgência. Quanto ao aspecto funcional, segundo esta compreensão, a tutela cautelar poderá ter três finalidades, a de garantir um (alegado) direito e, nessa medida, visa garantir a utilidade da composição definitiva; a de regular de forma provisória e transitó-

(1208) ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil...*, cit., pp. 22 a 23.

(1209) ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol. I, pp. 130 e 131.

(1210) A. S. ABRANTES GERALDES («Procedimento cautelar comum...», cit., p. 35) considera que os procedimentos cautelares constituem um instrumento processual privilegiado para protecção eficaz de direitos subjectivos e de outros interesses juridicamente relevantes, «sendo que a sua importância advém não da capacidade de resolução autónoma e definitiva do conflito de interesses, mas da utilidade na prevenção de violação grave ou dificilmente reparável de direitos, na antecipação de determinados efeitos das decisões judiciais e na prevenção de prejuízos que podem advir da demora na decisão no processo principal». Vd., ainda, MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA («Impossibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir nos procedimentos cautelares», DJ (Vol. XI, Tomo 1), 1997, p. 341), que entende por meios cautelares «aqueles meios judiciais de composição provisória de um litígio destinado a afastar o perigo de inutilização prática de um direito, inutilização essa que poderia resultar da demora da acção destinada à sua tutela».

ria uma situação até à composição definitiva da acção; e a de antecipar a tutela pretendida ou requerida até se averiguar, através de uma decisão definitiva, qual a verdadeira situação jurídica, aceitando-se nesta situação que através da tutela cautelar se atribua ao requerente o mesmo que ele pode obter através da composição definitiva ⁽¹²¹¹⁾.

Enfim, a escola portuguesa nunca teve uma visão tão «restritiva» ⁽¹²¹²⁾ e uma compreensão tão «acanhada» ⁽¹²¹³⁾ sobre a função e a estrutura da tutela cautelar, quanto aquela que caracterizou a ciência espanhola do processo civil, alguma italiana e a doutrina mais antiga alemã, para quem a tutela cautelar seria um instrumento ou anexo do próprio processo de execução ⁽¹²¹⁴⁾. Na verdade, a escola portuguesa tem uma concepção ampla da tutela cautelar e, talvez, por via disso, nunca procurou questionar a sua natureza. E, actualmente, por via da elasticidade da cláusula prevista no CPC, que consagrada o princípio do *numerus apertus*, e que entrega ao juiz um poder geral de cautela, visto que através das providências cautelares o juiz tutela todas as situações de urgência não especialmente contempladas em processo especial, os autores portugueses reconhecem que a técnica cautelar permite satisfazer razoavelmente as necessidades de urgência. Talvez por isso não têm proposto a previsão de novas técnicas processuais para tutelar a urgência, não têm procurado sistematizar as modalidades de tutela de urgência dispersas pelo Código de Processo Civil, *maxime* pelo Título IV do Livro III, nem têm elaborado doutrinamente razões que, à luz do princípio da tutela jurisdiccional efectiva ou em nome do direito à prolação de sentença em prazo razoável, justifiquem o afastamento do carácter instrumental e provisório da providência cautelar e fundamentem a necessidade da tutela

⁽¹²¹¹⁾ A funcionalidade da garantia cautelar, no primeiro caso, traduz-se em impedir que, por exemplo, o devedor dissipe ou diminua o seu património de tal modo que quando o credor vier a obter uma sentença condenatória esta seja desprovida de efeito útil porque, entretanto, o credor perdeu a garantia patrimonial do seu crédito. No segundo caso, esta tutela cautelar permite, por exemplo que, perante o esbulho da coisa, o esbulhado possa requerer a sua restituição até encontrar definida a titularidade do direito. No terceiro caso, permite-se, designadamente, que através deste tipo de tutela o alegado credor de alimentos requeira que lhe sejam concedidos alimentos provisórios. A este propósito, vd. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre...*, cit., pp. 226 e 227.

⁽¹²¹²⁾ Neste sentido, A. M. PESSOA VAZ, «Les mesures provisoires et les procédures préventives dans l'évolution du droit de procédure portugais», in: *Les mesures provisoires en procédure civile...*, cit., p. 181.

⁽¹²¹³⁾ Expressão de J. ALBERTO DOS REIS, «A figura do processo cautelar...», cit., p. 8.

⁽¹²¹⁴⁾ Para uma síntese, vd. E. A. DINI/G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 25 ss.; G. TARZIA, «La tutela cautelare...», cit., p. XXX; M. ANGEL FERNÁNDEZ, «La ejecución forzosa...», cit., pp. 404 a 405.

urgente autónoma, para tutelar certas situações — como, assim, vem acontecendo em outros ordenamentos jurídicos ⁽¹²¹⁵⁾.

De resto, também entre nós se reconhece que a técnica da tutela cautelar não é suficiente para as necessidades de um contencioso tardo-moderno, nos termos do qual as partes demonstram preferir obter uma providência provisória e rápida em vez de uma definitiva e tardia, nem pode encerrar toda a tutela jurisdicional urgente, uma vez que devendo cumprir-se a provisoriedade cautelar, as providências cautelares antecipatórias demonstram ser estruturalmente desadequadas para proporcionar uma tutela jurisdicional em determinadas *situações-de-urgência*, obrigando o juiz a emitir uma *decisão sumária alternativa a descoberto* ⁽¹²¹⁶⁾. É exactamente neste contexto que se compreende o artigo 16.º do RegProcExp. Assim, este regime veio introduzir a faculdade de, no âmbito do processo cautelar, depois de ouvidas as partes, o juiz antecipar o juízo sobre a causa principal. Exigindo o artigo 16.º deste diploma que tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, pensa-se que o legislador teve em vista, nomeadamente, «as situações em que a natureza das questões ou a gravidade dos interesses envolvidos não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar ou, diversamente, prescinde, por absolutamente inútil, da instauração de uma acção principal». Neste sentido, podemos dizer que aqui parece incluir-se dois tipos de situações: aquela em que «o conflito de interesses fica sanado e o direito do requerente plenamente satisfeito com o simples decretamento da providência cautelar ⁽¹²¹⁷⁾, o que prova que a pretensão jurídica a realizar no processo cautelar pode coincidir com aquela a realizar no processo principal. E a segunda prende-se com a possibilidade de no decurso do processo cautelar ter sido esgotada a prova, permitindo-se, assim, que, perante certos elementos de prova carreados para o processo cautelar (pense-se na confissão ou na apresentação de documentos autênticos que façam prova plena dos factos), estes bastem para sustentar o julgamento da matéria de facto,

⁽¹²¹⁵⁾ São, na verdade, variadas as reflexões em torno da complexa natureza da tutela cautelar, do seu carácter instrumental e dos limites inultrapassáveis que no seu contexto estrutural se colocam. Entre outros, quanto à doutrina italiana, vd. F. LANCELLOTTI, «Osservazione critica...», cit., pp. 232 ss., esp. pp. 252 ss.; C. CALVOSA, *La tutela cautelare (Profilo sistematico)*, Torino, 1963, pp. 139 ss.; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 39 ss.

⁽¹²¹⁶⁾ Sobre este assunto, vd. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre...*, cit., pp. 246 ss.; ABRANTES GERALDES, «O procedimento cautelar...», pp. 130 ss. Em especial, sobre este assunto e sobre os remédios a aplicar no caso de se verificarem estas situações de uso distorcido das providências cautelares não especificadas, vd. RITA L. DE FARIA, *A função instrumental...*, cit., pp. 221 ss.

⁽¹²¹⁷⁾ É possível associar ao tema os exemplos dados por M. TEIXEIRA DE SOUSA (*Estudos sobre...*, cit., pp. 246 ss.) e ABRANTES GERALDES, «O procedimento cautelar...», pp. 130 ss.

podendo sustentar a antecipação do juiz definitivo ⁽¹²¹⁸⁾. Também esta novidade vem provar que a extraordinária cognição sumária cautelar, associada à equívoca (e plenamente aceite) expressão de verosimilhança, não existe na realidade, não passando, como veremos, de um erro repetido pela dogmática nacional, por influência da construção *calamandreiana*.

Enfim, perante esta novidade, não resta senão concluir que as características que o processo cautelar possui, designadamente, a da acessoriedade-instrumentalidade e a da provisoriedade, não são adequadas para proporcionar todo o tipo de tutela jurisdicional das *pretensões-de-urgência*, tendo, então, o legislador sentido necessidade de prever um *processo urgente atípico*, para proporcionar outro género de tutela também urgente. E, sendo esta definitiva, o legislador permite ao juiz um conjunto de poderes de avaliação, autorizando-o a transformar o processo cautelar em processo principal, cortando o *cordão umbilical*, por desnecessário. Ora, esta, que prescinde da acessoriedade-instrumentalidade, da provisoriedade e da tradicional sumariedade, entendida esta última como sinónimo de verosimilhança, traduz a ideia que já tentámos introduzir: que a tutela cautelar é uma técnica para tutelar de forma provisória a *situação-de-urgência*. E que para realizar a tutela jurisdicional efectiva, a tutela cautelar constitui apenas uma espécie do género da tutela jurisdicional de urgência. E esta categoria, que esteve entre nós por estudar durante tanto tempo, começa a ter corpo no domínio do processo civil, convidando ao seu estudo.

⁽¹²¹⁸⁾ Sobre este assunto, vd. E. BORGES MAIA/INÊS SETIL, «Breve comentário...», cit., esp. p. 334.

CAPÍTULO II

A TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA E A (APARENTE) HETEROGENEIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA NO CONTENCIOSO MODERNO: AS TÉCNICAS PROCESSUAIS FACULTATIVAS E AS NECESSÁRIAS — A SUMARIEDADE COMO TÉCNICA OBRIGATÓRIA

Razão de ordem: 0. Introdução. § 1. A acessoriedade-instrumentalidade, a provisoriidade e a urgência: um ligamento facultativo. § 2. A antecipação e a urgência: um ligamento lógico. § 3. A sumariedade e a urgência: um ligamento necessário

INTRODUÇÃO

Se, no quadro de um contencioso de matriz clássica, é possível reconduzir dogmaticamente todos os processos que tratam as *situações-de-urgência* para a espécie da tutela jurisdicional de natureza cautelar (segundo a denominação latina) ou tutela jurisdicional provisória (segundo a classificação francesa e alemã) — *id est*, para aquela espécie de tutela jurisdicional que, de uma forma genérica, pode definir-se como instrumentalmente provisória, instrumentalmente antecipatória e instrumentalmente sumária —, já, no contexto de um contencioso de tipo moderno, parece impossível proceder a tal tipo de ordenação. E parece impossível por duas razões. A primeira prende-se com o facto de tal espécie de tutela jurisdicional ser nesse contencioso algo muito diferente da *categoria* clássica. Na realidade, estando eminentemente conectada com o factor tempo e com os fenómenos típicos de uma sociedade moderna, esta modalidade de tutela jurisdicional tem estado em constante metamorfose, tendo variado determinadamente, a par dos demais fenómenos que atingiram a *praxis* do contencioso moderno.

E, de facto, se durante o período clássico era simples delimitar os traços daquela espécie da tutela jurisdicional, assentando cada um deles nas *carac-*

terísticas-chave da instrumentalidade funcional, da acessoriedade estrutural e da provisoriiedade da *decisão-de-urgência* proferida no processo, já a *praxis* típica do contencioso moderno demonstra que tal tipo de características podem ser contornadas e anuladas, pois, na verdade, há *pretensões-jurídicas-de-urgência* que só podem ser satisfeitas à custa da destruição de tais características, aniquilando-se igualmente o conjunto dos demais traços da espécie.

Arrasada a unidade da figura, a categoria transforma-se em «técnica processual»⁽¹²¹⁹⁾, «a técnica cautelar» ou a «técnica da tutela provisória», ao serviço da tutela jurisdicional de urgência. E surge, assim, a *acessoriedade-instrumentalidade* como elemento da técnica cautelar a concretizar obrigatoriamente apenas num determinado tipo de processos urgentes, sendo que tal tipo de processos acessórios concretizam também outros instrumentos da técnica cautelar, tal como a provisoriiedade qualitativa e a antecipação funcional. Ao mesmo tempo, a necessidade de tutela jurisdicional de urgência vai aguçando o engenho, incentivando a autonomização de outras técnicas.

E, precisamente, a segunda razão que se pode apresentar para a dificuldade em proceder à classificação dos processos que no contencioso moderno tratam as *pretensões-jurídicas-de-urgência* deriva do facto de no panorama legislativo moderno existirem novas modalidades processuais para proporcionar um tipo de tutela igualmente célere e simplificada, indo ao encontro das necessidades e dos interesses que, à luz do princípio da tutela jurisdicional efectiva e do princípio da prolação de sentença em prazo razoável, merecem ser atendidos. Contudo, porque os contornos das novas figuras ultrapassam os cânones daquela espécie de tutela jurisdicional, tais processos não podem classificar-se como pertencendo à espécie cautelar, sendo que também não podem integrar-se numa estirpe diferente, já que esta ainda não foi inventada pela dogmática.

De qualquer modo, é possível verificar que neste novo grupo de processos especiais há o abandono da acessoriedade-instrumentalidade, tal como se este fosse um apêndice que devesse retirar-se ou um *empecilho* que devesse

(1219) Empregamos a expressão «técnica processual», tal como a mesma foi invocada, designadamente, por E. FAZZALARI («Intervento...», cit., pp. 279 a 282), a propósito de «técnica cautelar»; por A. PROTO PISANI («La tutela sommaria...», cit., pp. 310 ss., esp. pp. 345 ss.), a propósito de «técnica da tutela sumária»; por A. PELLEGRINI GRINOVER («La tutela cautelare atípica nel processo civile brasiliano», Les mesures provisoires en procédure civile...», cit., pp. 129 ss.), a propósito da «técnica da antecipação»; por G. VERDE («L'attuazione della tutela d'urgenza», RDProc., 1985, pp. 725 ss., esp. p. 728), a propósito da «técnica da tutela cautelar» e da «técnica da antecipação»; e por M. P. CALDERÓN CUADRADO (*Las medidas...*, cit., p. 73), a propósito da «técnica dos processos sumários». Sobre estes conceitos de «processo» e «técnica processual», vd. tb. G. BASILICO, «Indagine sulla nozione...», cit., esp. p. 6.

deitar-se fora, e há igualmente a rejeição da provisoriedade qualitativa. E, assim, neste contexto, a antecipação instrumental, a provisoriedade instrumental e a sumariiedade instrumental não fazem sentido em bloco, já que cada uma destas técnicas ganha autonomia perante as demais. Não nos podemos admirar, pois, que a ciência do direito processual não apresente critérios uniformes para proceder à caracterização dos novos processos de urgência, uma vez que estes assumem contornos dissemelhantes, sendo o estudo das figuras realizado através da perspectiva de cada uma das técnicas nesses processos concretizadas (§ 1.).

Também a «técnica da antecipação» ⁽¹²²⁰⁾ sofreu uma metamorfose semelhante às outras já referenciadas. Se, tradicionalmente e no contexto dos processos *accessório-instrumentais*, as medidas de urgência configuravam a natureza estritamente asseguradora, conservatória e preparatória, mais recentemente as necessidades da vida moderna foram exigindo a antecipação, ainda que provisória, da resolução dos conflitos. Acontece, porém, que tal tipo de *soluções antecipatórias* foi assumindo contornos imparáveis, tendo no contexto daqueles processos extravasado os limites permitidos da provisoriedade e da sumariiedade necessárias, porque imanentes à estrutura e à função do processo cautelar. As figuras de resolução antecipada de conflitos foi, contudo, mais longe, tendo sido positivadas em múltiplos processos especiais diversos, algumas vezes por razões de obtenção da satisfação imediata de um direito aparentemente não contestado, e foi sendo generalizada através da sua introdução no próprio processo ordinário.

De qualquer modo, esta figura tem vindo a assumir um papel determinante no contencioso moderno, incluindo no sistema da *common law*, onde existem as

(1220) Um dos primeiros autores a invocar a expressão «técnica antecipatória» foi C. MANDRIOLI, «Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali», RDProc., 1964, pp. 551 e ss., esp. pp. 552 e 555. Mais recentemente, a expressão é usada amiúde por F. CARPI, «La tutela d'urgenza fra cautela, 'sentenza anticipata' e giudizio di merito», RDProc., 1985, pp. 680 ss.; F. TOMMASEO, *I provvedimenti anticipatori...*, cit., esp. pp. 144 ss.; P. FRISINA, «La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali», RDProc., 1986, p. 365; L. DITTRICH, «Dalla tutela cautelare anticipatoria alla tutela sommaria definitiva», RDProc., 1988, pp. 672 ss. Contudo, é A. CARRATTA (*Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1998, esp. pp. 57 ss.) quem procura estudar sistematicamente os processos que concretizam a técnica da tutela antecipatória, tendo para o efeito estabelecido um critério técnico-jurídico de antecipação e a partir dele procedido à autonomização da categoria da tutela antecipatória. Negando tal categoria, mas identificando a generalização da técnica no processo civil e associando tal técnica à «sumarização processual (falando assim na clara opção do legislador pela «sumarização processual»», vd. L. P. COMOGLIO, «I provvedimenti anticipatori», in: *Le riforme della giustizia civile. Commento alla L. 353 del 1990 e alla L. 374 del 1991*, a cura di M. TARUFFO, Torino, 1993, pp. 301 ss., esp. p. 306; G. BASILICO, «Indagine sulla nozione...», cit., pp. 1 ss., esp. p. 6.

injunctions e em geral as figuras de *pre-trial remedies* (que permitem a resolução de controvérsias *without a trial*), no francês (onde existem as «*mesures d'anticipation sur le jugement*») e no italiano. Também, por isso mesmo, se procurou autonomizar a categoria da tutela antecipatória no sistema italiano, uma tarefa árdua, tendo em conta a heterogeneidade dos processos em que tal técnica está prevista e a sua diversa funcionalidade ⁽¹²²¹⁾, tendo sido proposto um conceito técnico jurídico de decisão antecipatória *tout court*.

Aliás, mais recentemente, tem-se vindo a assistir à concretização, no domínio da tutela de urgência, mais especialmente no quadro da tutela cautelar, de mecanismos que permitam obter por antecipação a decisão de fundo ou de mérito da causa principal. Os mecanismos de «*passerelle*», isto é, mecanismos processuais que permitem dar um tratamento prioritário à questão jurídica, fazendo-a transitar do processo acessório-cautelar para o processo principal, submetendo-a sem demora à apreciação de mérito, têm conquistado os sistemas processuais. Está consagrado no sistema francês e a antecipação da decisão de mérito no âmbito do processo cautelar é um desdobramento desse fenómeno da técnica de antecipação que o legislador tem vindo a fazer uso não só no sistema do processo civil como no administrativo. Acontece assim em Itália, já desde há algum tempo, por actuação da jurisprudência, através do *rito veneziano*, e, mais recentemente, por actuação legal. E assim acontece também entre nós, tanto no contencioso administrativo como no domínio processual civil (§ 2.).

O conceito de sumariiedade é talvez um dos conceitos mais complicados de definir de forma uniforme. Contudo, de uma forma ou de outra, não há como negar que a *summaria cognitio* tem uma relação privilegiada com a urgência, embora também possa ser concretizada por outra ordem de razões. Assim tem vindo a acontecer desde sempre, entre nós, mas também em outros sistemas de referência, como o italiano, o alemão e o francês ⁽¹²²²⁾. Com

⁽¹²²¹⁾ Sobre este assunto, vd. J. I. H. JACOB, *The fabric of english civil justice*, London, 1987, pp. 68 a 147 e esp. pp. 132 a 147. L. P. COMOGLIO («I provvedimenti anticipatori...», cit., pp. 301 ss., esp. p. 306) escreve o seguinte: «i provvedimenti di tipo anticipatorio ed interinali, inseriti nel processo ordinario di cognizione, sarebbero “naturalmente destinati a soddisfare l’esigenza di economia dei giudizi” — svolgendo una funzione deflattiva e decongestionante — ogni qual volta, alla luce di criteri tendenzialmente “oggettivi”, la pretesa azionata possa dirsi “presumibilmente fondata” (o comunque non seriamente contestata). Per tal via, dunque, le esigenze tecnico-processuali sembrerebbero facilmente coniugabili con i bisogni di effettività della stessa tutela sostanziale».

⁽¹²²²⁾ A este propósito, P. ESTOUP (*La pratique des procédures rapides...*, cit., p. 3) escreve o seguinte: «Parmi l’ensemble hétérogène des procédures rapides dont le caractère commun est de déroger aux règles procédurales ordinaires, en donnant aux usagers de la justice le moyen d’obtenir une décision rapide, dans des conditions peu contraignantes et peu coûteuses, cinq procédures appellent spécialement l’attention, en raison de la diversité de leurs applications, de leur intérêt pratique et des incertitudes dont elles sont le siège: il s’agit de la procédure de

efeito, ainda que o modo de concretização da *summaria cognitio* varie de sistema processual para sistema processual, ainda que a terminologia empregue seja insidiosa e ainda que, dentro de cada sistema, a respectiva ciência do direito processual realize uma leitura distinta das normas legais, cumpre dizer que é possível verificar que a urgência anda sempre associada a processos especiais simplificados, a procedimentos no âmbito dos quais a instrução probatória e a apreciação de prova seguem um regime especial que se desvia do procedimento regra, afastando-o por completo em certas situações (§ 3.).

§ 1. A ACESSORIEDADE-INSTRUMENTALIDADE, A PROVISORIEDADE E A URGÊNCIA: UM LIGAMENTO FACULTATIVO

Razão de ordem: 0. Introdução. **1.** A acessoriedade-instrumentalidade e a provisoriedade como técnicas obrigatórias apenas do processo cautelar. **2.** A provisoriedade qualitativa de tonalidade latina. **3.** A provisoriedade qualitativa de matriz francesa e alemã

0. Introdução

A leitura dos textos italianos do início do século XX permitiu-nos concluir várias ideias, a saber: (a primeira) que durante um período de tempo, a que chamamos clássico, as situações de urgência correspondiam quase em absoluto às de *periculum in mora*; (em segundo lugar) que à urgência eram associados os conceitos de provisoriedade, de antecipação e de sumariedade e (em terceiro lugar) que a urgência exigia a previsão de uma categoria de tutela, mais do que um conjunto de técnicas processuais, sendo a tutela de urgência (isto é, a tutela cautelar, segundo a terminologia latina, ou a tutela jurisdicional provisória, segundo a francesa e a alemã) classificada como uma categoria qualitativamente diferente, como uma categoria de tutela jurisdicional autónoma, à qual era reconhecida uma natureza jurídica especial e um carácter excepcional perante a tutela jurisdicional, dita ordinária ou comum ⁽¹²²³⁾. Claro

référé, de la procédure de l'ordonnance sur requête, des procédures d'injonction et des procédures à jour fixe ou abrégées».

⁽¹²²³⁾ A este propósito, F. LANCELLOTTI («Osservazioni critiche...», cit., p. 241) considera que, de entre os vários elementos assinalados à categoria da tutela de urgência, *rectius* à tutela cautelar, a provisoriedade e o *periculum in mora* constituem os elementos determinantes, uma vez que, como o próprio autor refere: «la sommarietà del procedimento costituisce un elemento formale, comune a vaste categorie del processo. Furono quindi la provvisoriarietà e il *periculum in mora*, subito apparsi come veri elementi tipici della categoria, che hanno funzionato come i suoi agenti di accentramento» (subl. nosso).

está que, após a publicação do estudo *calamandreiano*, esta categoria foi sendo delimitada fundamentalmente a partir da característica da instrumentalidade do processo perante a efectividade da sentença a proferir num outro processo principal, daqui decorrendo a provisoriedade funcional e a sumariedade da cognição, entendida esta como sinónimo de verosimilhança. E também verificámos que nos sistemas francês e alemão, esta categoria foi sendo agregada em torno sobretudo do carácter da provisoriedade qualitativa. Contudo, pouco a pouco, estas características foram-se esvanecendo e a aparente harmonia categorial foi sendo posta em causa. E tal aconteceu principalmente a partir do momento em que as características da acessoriedade-instrumentalidade e da provisoriedade qualitativa começaram a deixar de servir e deixaram de ser concretizadas na *praxis*, ao mesmo tempo que foram sendo substituídas por novos processos especiais (ditos processos urgentes autónomos). Neste momento, instala-se a dúvida: deverá a tutela de urgência restringir-se aos processos acessórios-instrumentais que desembocam obrigatoriamente em *decisões-judiciais-de-urgência-provisórias*. A resposta negativa vem da *praxis* e do próprio funcionamento do sistema processual, onde há um abandono da acessoriedade-instrumentalidade e da provisoriedade. A história da *tutela-de-urgência* prova a falência definitiva da exclusividade da técnica cautelar (1).

Enfim, a associação entre a urgência e a provisoriedade remonta ao *ius romanum clássico* e é também afirmada pela ciência do direito processual. Contudo, esta relação não é absoluta, uma vez que a provisoriedade não só não tem um vínculo exclusivo com a urgência como a urgência pode dispensar a técnica da provisoriedade (1224). Aliás, tendo em conta os diversos sistemas, reconhece-se que a provisoriedade pode realizar diversas funções e assumir diferentes configurações. De qualquer modo, mesmo fora do contexto da urgência, isto é, no quadro dos diferentes tipos de decisões jurisdicionais e tendo em conta o tipo de efeitos que produzem, parece ser difícil fixar unitariamente uma

(1224) R. CAPONI («La tutela sommaria...», cit., p. 1371) escreve a este propósito o seguinte: «un provvedimento può essere provvisorio, senza dover essere strumentale: ad esempio, l'appena esaminata ordinanza di condanna emanata al termine del procedimento sommario di cognizione nel processo societario viene meno quando è emanato il provvedimento a cognizione piena (è provvisoria), ma non è strumentale). Invece i provvedimenti cautelari, in quanto al servizio del provvedimento definitivo, non possono non essere provvisori». Entre nós, por exemplo, BARBOSA DE MAGALHÃES («Natureza jurídica...», cit., pp. 29 e 30) referia já em 1945, à luz do Código de 1939, que «é de observar que há decisões provisórias, que são proferidas em acções que não são conservatórias [ou cautelares]. Por exemplo, assim acontece «nas acções de interdição (artigos 952.º, 959.º e 960.º). E acrescenta que «a natureza de provisória, que tem a decisão sobre o direito proferida nos processos conservatórios, não é, pois, uma característica desses processos, por isso que, por um lado, nem sempre há lugar a proferir neles tal decisão e, por outro lado, há outras decisões proferidas noutras acções, que têm essa natureza de provisórias».

definição europeia de provisoriedade ⁽¹²²⁵⁾. Assim se percebe que, no contexto da urgência *tout court*, a ciência do processo compreenda o conceito de provisoriedade num sentido qualitativo. A «provisoriaidade qualitativa» ou a «provisoriaidade funcional» surge, desta forma, como apanágio da decisão que trata uma especial urgência. E assim acontece nos sistemas latinos, onde este conceito ganha uma classificação qualificativa quando anda associado à urgência e ao processo cautelar (2.).

Mas, cumpre também notar que esta classificação qualitativa também acontece no sistema francês e no alemão, uma vez que a provisoriedade é considerada num sentido especial quando é associada à urgência *tout court* ou urgência em sentido restrito. Em qualquer caso, esta característica das decisões urgentes depende fundamentalmente da existência de um nexo de acesoriedade-instrumentalidade do processo urgente cautelar (mesmo tratando-se de um nexo de instrumentalidade atenuado, como é aquele que caracteriza o processo de *référé* e o das *einstweilige Verfügungen*) perante o processo principal. Ou, por outras palavras, a provisoriedade depende mais da função do processo e da relação que o mesmo tem com o processo principal, já que estas condicionam o conteúdo da decisão e o tipo de exame a realizar quanto ao mérito da causa e depende menos do carácter quantitativo (temporário e variável) dos seus efeitos ou depende menos da inaptidão da decisão para adquirir estabilidade de caso julgado (3.).

1. Duas técnicas obrigatórias apenas no processo cautelar

Alterada a realidade económico-social e afirmado o direito fundamental de acesso aos tribunais e à justiça efectiva, diferentes técnicas processuais foram sendo propostas para realizar a protecção dos cidadãos e das empresas. Neste sentido, como apontámos nas considerações introdutórias, a protecção das situações de urgência foi deixando de obedecer somente à lógica da tutela cautelar ou à da tutela qualitativamente provisória — *id est*, à lógica do processo instrumental, quer do ponto de vista funcional, quer do ponto de vista estrutural ou à lógica da decisão rápida que é provisória e é precedida de uma cognição superficial e é ditada tendo por base um juízo de verosimilhança. Na realidade, a aceleração dos tempos modernos e a escassez dos bens jurídicos não se foi compadecendo com uma tutela meramente preparatória e asseguradora, eminentemente instrumental e provisória, e as características que tal tipo de tutela oferecia foram sendo afastadas. Na verdade, o dever de

⁽¹²²⁵⁾ Sobre este assunto, vd. G. TARZIA, «Considerazioni comparative sulle misure provorie nel processo civile», RDProc., 1985, pp. 240 ss.

respeitar a acessoriedade-instrumentalidade da tutela cautelar foi-se traduzindo em perda de tempo e gastos desnecessários para as partes, sem significar para os serviços da administração da justiça descongestionamento e facilidade. O vínculo ou o ligamento normalmente necessário entre o processo cautelar e o processo principal foi sendo objecto de algum desconforto. E, a provisoriedade qualitativa, que já não era respeitada na *praxis*, e a sumariedade ou verosimilhança, que era raramente cumprida, deixaram de ser integradas no texto da lei. E assim, num género de processo silencioso, a tutela de urgência foi assumindo contornos incertos, sendo que a lógica do estranho foi invadindo a prática judiciária e as novas figuras que o legislador foi desenhando com o propósito de proporcionar tutela rápida e simplificada (1226).

E outras foram sendo as «técnicas processuais» evidenciadas nos diversos ordenamentos jurídicos para tutelar a urgência. A tutela de urgência foi-se assumindo como figura heterogénea, uma figura que às vezes concretiza a técnica da acessoriedade-instrumentalidade (ou simplesmente técnica cautelar) e outras vezes surge associada às técnicas de antecipação, de provisoriedade e de sumariedade, ao mesmo tempo que é envolvida em modalidades que derogam seriamente os princípios básicos do direito processual (1227). A urgência surge, pois, conectada com novos fenómenos do contencioso moderno,

(1226) R. MARTIN («Le référé, théâtre d'apparence...», cit., pp. 159 e 160), a propósito da evolução do *référé*, que foi desembocando na antecipação do juízo de fundo, escreve o seguinte: «Le rapport urgence-apparence a été désarticulé, ce qui a renversé de mode de fonctionnement de la notion d'apparence. Le nouvel état est-t-il en progrès sur l'ancien? Sur le plan de la qualité intrinsèque de la technique juridique, certainement pas. L'urgence, le péril dans lequel est placé un droit que ne pourrait réparer adéquatement une condamnation future, peut seul justifier que le juge prenne des mesures d'opportunité avant d'avoir dit de droit. Lui permettre de prendre ces mesures sur la seule appréciation de l'apparence du jugement futur, c'est renverser le cours des choses, c'est faire prévaloir la "présentation" sur le objet réel, c'est transformer la justice en théâtre d'apparences. L'apparence du droit se réfère à une apparence du fait: car le juge des référés se décide à partir d'une allégation succincte et d'une preuve imparfaite. Il n'est pas besoin de rappeler que la procédure est orale, le débat plus succinct encore que rapide. Apparence sur apparence, droit probable d'un théâtre d'ombres. Alors pourquoi cette marche à rebours? Le motif en est évident, sinon avouable. Le réformateur, n'a pas cherché à perfectionner la technique du référé, il l'a utilisé pour essayer de pallier l'engourdissement de l'appareil. C'est la lenteur à se mouvoir, non institutionnelle mais occasionnelle, de l'appareil judiciaire, qui a fait chercher des raccourcis, et le référé s'offrait en recours commode. Il est dommage que les insuffisances de la machine aient contribué à pervertir de système».

(1227) Como refere P. ESTOUP (*La pratique des procédures rapides...*, cit., esp. p. 2), «Les temps MODERNES se singularisent ainsi par l'éclosion de procédures rapides qui, pour être plus sommaires et plus simples que les procédures ordinaires, et déroger plus ou moins aux grands principes de la procédure de droit commun, présentent l'avantage d'être peu coûteuses; et de déboucher sur des décisions dotées d'une efficacité maximale, car elles interviennent dans délais très brefs et sont parfois assorties de l'exécution provisoire de plein droit».

designadamente, o que concretiza «la technique de l'inversion du contentieux», nos termos do qual «se decide primeiro e se discute depois» (1228), e com formas de aceleração da tutela jurisdicional e de simplificação, sendo que tais fenómenos revelam, não raras vezes, distanciamento perante os princípios que estabelecem as garantias processuais, *maxime* o princípio do contraditório (1229).

Precisamente, no sistema francês, tem-se assistido nos últimos anos à multiplicação de processos especiais aos quais a preocupação em decidir de forma simplificada e rápida não é alheia. Com efeito, como tivemos oportunidade de verificar, não obstante existir desde muito cedo um tipo de processos determinados para tutelar a urgência *tout court*, os processos de *référé*, o legislador veio mais recentemente consagrar um conjunto heterogéneo de processos rápidos («procédures rapides»), no domínio dos quais se concretizam diferentes técnicas. Assim, em alguns concretiza-se a provisoriedade, por exemplo, e noutros não, alguns são entregues ao juiz do *référé* e outros não, sendo que, em comum, possuem apenas o facto de constituírem processos especiais, sumários ou simplificados, que derrogam o regime aplicável aos processos ordinários e se apresentam, por isso mesmo, como alternativa àqueles (1230).

Também em Itália se tem vindo a assistir à intensificação de um fenómeno semelhante, já iniciado na década de setenta. Por um conjunto de factores, alguns relacionados com o contencioso de massas e o congestionamento dos tribunais, outros decorrentes do uso e do abuso do recurso à figura processual das providências cautelares não especificadas (previstas no artigo 700 do c.p.c.), e outros relativos à previsão de diversos processos especiais com esquema processual diferenciado do ordinário, a tutela jurisdicional de urgência tem

(1228) A este propósito, vd. J. NORMAND, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 73 ss.

(1229) Neste sentido, vd., por exemplo, M. PETTINI, «Il decreto d'ingiunzione e l'opposizione del terzo», *Giurispr. Ital.*, 1927, pp. 50 ss.; V. COLESANTI, «Principio del contraddittorio e procedimenti speciali», *RDPProc.* (4), 1975, pp. 607 ss.

(1230) A este propósito, P. ESTOUP (*La pratique des procédures rapides...*, cit., p. 3) escreve o seguinte: «Dans tout ces cas, le droit MODERNE a banalisé et généralisé des procédures anciennes, en leur donnant une réglementation et une ampleur qui trouvent à l'origine de leur succès et expliquent la fréquence de leur utilisation. Indépendamment de ces procédures rapides qui autorisent l'obtention, dans des conditions de célérité et d'efficacité maximales, soit d'une mesure provisoire (c'est le cas des procédures de référé et de la procédure de l'ordonnance sur requête, soit d'une décision au fond dans les obligations de sommes d'argent ou de faire (c'est de cas des procédures d'injonction), le droit MODERNE offre aux plaideurs des procédures particulières, applicables à tous les contentieux, leur permettant d'obtenir di tribunal de grande instance ou de la cour d'appel, à bref délai et moyennant une instruction sommaire, une décision sur le fond revêtu de l'autorité de la chose jugée. On peut citer par exemple les procédures à jour fixe et les procédures abrégées».

vindo a ser proporcionada através de diferentes modalidades ⁽¹²³¹⁾, modalidades estas bem distintas daquelas que um dia integraram a categoria autónoma da tutela de urgência desenhada primeiro por CHIOVENDA e depois concretizada parcialmente por CALAMANDREI. Na realidade, no contencioso de tipo moderno, a urgência passa a ser fundamentalmente protegida através de processos especiais sem classificação categorial, que concretizam diferentes técnicas processuais, sendo que a acessoriedade-instrumentalidade — ou nexa, ligamento ou vínculo existente entre o processo cautelar e o principal — e a provisoriedade passam a configurar uma técnica que tanto pode ser como não concretizada para tutelar a urgência, daí decorrendo um conjunto interessante de consequências. É neste quadro que se percebe que, por determinação do princípio da tutela jurisdicional efectiva e do direito à emissão de decisão em prazo razoável, a urgência seja servida por diferentes processos, cujos contornos são livremente traçados pelo legislador, numa lógica de adequação da melhor técnica à função do processo. E assim, por vezes, com perfil de processos acessório-instrumentais e outras vezes como processos urgentes autónomos, neles são vulgarmente concretizadas diversas técnicas, sendo possível reconduzi-las e agrupá-las na técnica da provisoriedade, na técnica da antecipação e na técnica da sumariedade.

De qualquer modo, cumpre reforçar a ideia de que lamentavelmente a ciência do direito processual não tem realizado um estudo sistematizado em torno da figura da «tutela de urgência *tout court*» ⁽¹²³²⁾. Na verdade, o estudo das figuras de tutela de urgência tanto tem sido desfocado como tem sido parcelar, isto é, realizado ainda em torno dos conceitos clássicos de tutela cautelar, tendo em conta o perfil latino, e do conceito de «tutela provisória em sentido restrito, tendo, agora, em conta os cânones francês e alemão. E assim é, porque esta é ainda a forma comum de proporcionar uma tutela jurisdicional de urgência. Contudo, por vezes, o estudo das modalidades de urgência também acontece no contexto das figuras de simplificação e aceleração processual,

⁽¹²³¹⁾ A este propósito e para uma síntese de toda a problemática envolvente, designadamente do problema do congestionamento dos tribunais italianos e das soluções de política judiciária adequadas para descongestionar, acelerar e simplificar a «máquina judiciária», vd. N. PICARDI, «Lavori per la riforma del Cod. Proc. Civ. I processi speciali», RDProc., 1982, pp. 700 ss.

⁽¹²³²⁾ F. CARPI («La tutela d'urgenza fra cautela, 'sentenza anticipata' e giudizio de merito», RDProc., 1985, p. 694), ao invocar a famosa sentença da *Corte Costituzionale* n.º 190, de 28 de Junho de 1985, fez referência a esta questão: «Da alcuni significativi passaggi della motivazione si desume che questa volta non è presa in considerazione la sola tutela d'urgenza cautelare, ma la tutela d'urgenza *tout court*, come risulta dall'espresso "rispetto (del) principio (chiovendiano), per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione". Credo che la discussione non mancherà di mettere l'accento su questa sentenza, che è quasi *l'ouverture*, del nostro convegno, per dirla in termini musicali».

numa lógica de avaliação dos instrumentos concretizadores do princípio da tutela jurisdiccional efectiva e em prazo razoável. E outras vezes surge enquadrada na lógica da celeridade processual e no contexto da economia do processo, sendo que as modalidades de tutela de urgência surgem integrados numa panóplia heterogénea de instrumentos de política judiciária ⁽¹²³³⁾, tais como, os processos simplificados, os processos sumários com cognição sumária e até no quadro das figuras de conciliação e mediação e arbitragem ⁽¹²³⁴⁾. Outras vezes, a metodologia seguida traduz-se na análise dos processos através da perspectiva de cada uma das técnicas neles concretizadas, a saber, a técnica cautelar (incluindo o uso distorcido da técnica cautelar) ⁽¹²³⁵⁾,

⁽¹²³³⁾ Ente nós, e no contexto da publicação do regime processual experimental aprovado pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho, vd. as considerações tecidas a propósito da introdução de alterações no processo cautelar (nos termos da qual é possível proceder ao julgamento da decisão causa principal). Invocando (também) o preâmbulo do diploma, referem E. BORGES MAIA/INÊS SETIL («Breve comentário...», cit., p. 334) que a alteração introduzida no processo cautelar «pode reconduzir-se (...) ao princípio da economia processual na assinalada dimensão da economia dos processos». De acordo com a alteração, o juiz, no âmbito da tutela cautelar e depois de ouvidas as partes, pode antecipar o juízo sobre a causa principal, exigindo-se, para o efeito, que tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso.

⁽¹²³⁴⁾ A este propósito e para uma síntese das soluções de política judiciária propostas em Itália, na década de oitenta, no sentido de descongestionar, acelerar e simplificar a «máquina judiciária» bem como tendo em conta o quadro normativo constitucional e europeu envolvente, vd. N. PICARDI, «Lavori per la riforma...», cit., pp. 700 ss.

⁽¹²³⁵⁾ Por exemplo, M. P. CALDERÓN CUADRADO (*Las medidas...*, cit., pp. 73 e 78), a propósito do estudo da tutela cautelar, procura distinguir esta da tutela sumária e da antecipatória, do seguinte modo: «sí razones de urgencia justifican en el proceso sumario una tutela anticipatoria, es la propia efectividad de la sentencia que se intenta asegurar la que permite medidas cautelares de esta naturaleza (...). Como consecuencia de esta diversidad funcional, la estructura de ambos procesos es sustancialmente diferente de ahí que ni la *summaria cognitio* puede situarse en un plano de igualdad, ni el *periculum in mora* puede entenderse en un sentido similar. Con relación al primer (...) mientras que en las medidas cautelares el órgano jurisdiccional debe limitarse a comprobar la concurrencia de los presupuestos exigidos por el legislador, e incluso, uno de ellos, la existencia del derecho, en términos de verosimilitud, en los procesos sumarios, no hay reducción cualitativa de la cognición sino cuantitativa. El juez conoce parcialmente de aquello que sería objeto de un juicio plenario, pero la cognición sobre ello, aunque limitada por las alegaciones y los medios de prueba, en ningún momento debe conformarse con la mera verosimilitud. En segundo lugar y respecto al *periculum*, es cierto que los procesos sumarios se crean por razones de urgencia, que responden a la existencia de largos procesos, sin embargo, tal peligro no puede en ningún caso identificarse con aquel presupuesto de las medidas cautelares». No mesmo sentido, vd. MARÍA ÁNGELES JOVÉ, *Medidas cautelares...*, cit., pp. 121 e 122. A propósito da natureza jurídica dos processos sumários, MONTÓN (*Procedimientos civiles especiales*, I, Salamanca, 1982, p. 16 — *apud* M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas...*, cit., p. 78) considera que «se trata de una serie de procedimientos cuya característica común podría encontrarse en la urgencia de su resolución».

a técnica da provisoriedade, a técnica da antecipação e a técnica da sumariada.

2. A provisoriedade qualitativa de tonalidade latina

A provisoriedade é uma técnica processual, para além de ser uma das técnicas que melhor combina com a urgência. Tendo em conta que nos diversos sistemas europeus se aceita bem a ideia de que a tutela jurisdicional de direitos não tem forçosamente de culminar numa decisão com aptidão para adquirir força de caso julgado (*chose jugée, Rechtskraft, res judicata*), isto é, numa decisão que é idónea para ditar uma disciplina tendencialmente definitiva, contudo, ainda assim, a concretização da técnica da provisoriedade envolve muita complexidade. As decisões judiciais provisórias, ou decisões que são incapazes de conformar uma situação jurídica em termos definitivos, podem assumir diferentes funções e configurações (2.1.). Em todo o caso, cumpre notar que, no específico contexto da urgência processual, se invoca normalmente a expressão num sentido qualitativo (1236). Aliás, o ligamento entre a urgência e a provisoriedade foi, desde muito cedo, consagrado na lei romana e evidenciado pela ciência francesa e alemã do direito processual. Com efeito, a técnica da provisoriedade foi sendo a técnica privilegiadamente escolhida nos sistemas francês e alemão para tutelar a urgência. Aqui, no domínio da tutela de urgência e num contexto clássico, é preciso perceber sobretudo que, quer a ciência do direito processual francesa quer a alemã, sempre «atribuíram uma papel bem diverso à jurisdição provisória» (1237) — ao contrário da italiana, espanhola e portuguesa. Contudo, não obstante a heterogeneidade da figura, é possível apurar o sentido qualitativo do conceito de provisoriedade, sendo que este resulta da sua compreensão no contexto da urgência em geral e no domínio dos processos acessório-instrumentais em especial (1238). Ainda assim, pese embora

(1236) No contexto das diferentes decisões provisórias, M. TEIXEIRA DE SOUSA (*Estudos sobre...*, cit., pp. 228 ss.) explica que a providência cautelar é qualitativamente provisória, o mesmo não acontecendo com outras decisões também provisórias. Assim, a «diferença qualitativa entre a composição provisória e [outras] decisões decorre dos seus pressupostos específicos e, nomeadamente, da suficiência da probabilidade da existência do direito acautelado (...)». Para o autor, «este aspecto também permite distinguir esta composição provisória obtida através das providências cautelares daquela que resulta de uma decisão sujeita a recurso com efeito meramente devolutivo (cfr. artigos 692.º, n.º 2, 723.º e 792.º, 1.ª parte): esta última é uma tutela provisória porque ainda deverá ser confirmada ou revogada por uma outra decisão e não porque atribui uma tutela qualitativamente distinta da decisão controlada».

(1237) Neste sentido, G. TARZIA, «Providências cautelares atípicas...», cit., p. 251.

(1238) A este propósito, vd. R. CAPONI, «La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea», RTDPC (4), 2004, pp. 1359 ss.

a possibilidade de agrupamento das decisões provisórias segundo o perfil funcional, a ciência francesa do direito processual nega a autonomização da categoria de urgência a partir da técnica da provisoriedade. Na verdade, não é de hoje, de facto, que a relação entre a técnica da provisoriedade e a urgência não é absoluta, já que a provisoriedade não só não tem obrigatoriamente um ligamento necessário com a urgência, se bem que esse ligamento é frequente nos diversos sistemas europeus, como a tutela de urgência pode dispensar a provisoriedade (2.2.).

2.1. Como é evidente, esta técnica não serve apenas para tutelar a *situação-de-urgência*. E, enfim, já para não apelar ao sentido da provisoriedade da sentença que é objecto de impugnação em recurso com efeito meramente devolutivo, cumpre dizer que a ciência do direito processual sempre reconheceu que a provisoriedade não é monopólio das *situações-de-urgência*. Aliás, em primeiro lugar, as decisões judiciais não têm forçosamente que ser aptas para transitar em julgado e, em segundo lugar, a provisoriedade pode ser concretizada por razões distintas da urgência. Com efeito, a tutela provisória vai sendo concretizada em processos especiais por distinta ordem de razões, entre as quais se destaca a finalidade de adequação do processo à matéria sobre que este versa. Assim, particularmente harmonizável com a categoria da tutela de jurisdição voluntária, a técnica da provisoriedade tem permitido tutelar certo tipo de situações, em relação às quais é aconselhável proceder a constante apreciação, sendo que tal técnica é adequada porque permite a revisão, alteração e revogação da decisão judicial em função da reapreciação da situação em causa (1239). A provisoriedade pode, pois, recomendar-se para domínios específicos, no âmbito dos quais se considera mais adequado que, pela sua própria natureza, as decisões não assumam a força de caso julgado, devendo poder, por isso mesmo, ser alteradas pelo juiz que as proferiu, logo que circunstâncias supervenientes ou ignoradas pelo julgador justifiquem a sua modificação (1240).

É, aliás, neste sentido que se percebe que a doutrina italiana considere que no respectivo sistema o conceito de «decisão judicial provisória não tem características necessariamente individualizáveis, pelo que a este conceito podem corresponder tanto as decisões provisórias com função cautelar como outras pronúncias judiciais, entre as quais se incluem as decisões antecipatórias *tout*

(1239) J. L. GÓMEZ COLOMER, «Procesos especiales», *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000...)*, cit., pp. 778 ss., esp. pp. 809 a 811.

(1240) Sobre os processos de jurisdição voluntária e sobre os princípios que os enquadram, vd. ANTUNES VARELA *et alii*, *Manual de processo civil...*, cit., pp. 71 ss.

court, que são proferidas depois de realizada uma instrução probatória tida como sumária, na forma de cognição incompleta ou parcial» (CAVALLONE e CARRATTA) ⁽¹²⁴¹⁾. E também TARZIA, inspirando-se na dogmática tradicional italiana, faz referência a três diferentes tipos de decisões provisórias, propondo um conceito de provisoriedade em três sentidos, de modo a poder incluir a provisoriedade cautelar, a provisoriedade associada à antecipação *tout court* e a provisoriedade típica da categoria das decisões proferidas no domínio da jurisdição voluntária ⁽¹²⁴²⁾. De qualquer modo, nos sistemas latinos, não há dúvida de que a provisoriedade ganha relevância no contexto das modalidades processuais que atendem à situação de urgência traduzida em *periculum in mora* ⁽¹²⁴³⁾. É, precisamente, neste contexto que, por causa da urgência e do nexo de acessoriedade-instrumentalidade do processo cautelar perante o processo principal, a ciência processual italiana propõe a compreensão do conceito de provisoriedade num sentido qualitativo ⁽¹²⁴⁴⁾. Aliás, no quadro da tutela jurisdicional realizada pelo processo cautelar, pode até falar-se numa «provisoriedade instrumental» ou numa provisoriedade quanto ao fim, sendo esta característica obrigatória neste domínio dos processos acessórios-instrumentais ou processos cautelares ⁽¹²⁴⁵⁾.

Contas feitas, segundo o estudo de CAPONI (um autor que, atendendo ao panorama legislativo italiano, tenta fazer corresponder à provisoriedade a classificação de categoria), pode falar-se numa género de decisões provisórias

⁽¹²⁴¹⁾ A este propósito, vd. A. CARRATTA, in: *Profili sistematici...*, cit., pp. 106 ss.

⁽¹²⁴²⁾ A este propósito, vd. G. TARZIA, «La tutela cautelare...», cit., pp. XXIX e XXX, onde apresenta três diferentes sentidos para o conceito de provisoriedade: «provisorietà nel fine», que é associado pelo autor à decisão cautelar, a «provisorietà eventuale», típica das decisões sumárias antecipatórias *tout court*, e a «provisorietà normale», que é a característica típica de certas decisões proferidas no âmbito dos processos de jurisdição voluntária. Só o primeiro corresponde, pois, à provisoriedade cautelar.

⁽¹²⁴³⁾ Neste sentido, J. DOS SANTOS SILVEIRA (*Processos de natureza preventiva...*, cit., pp. 18 e 19), à luz do Código de 1961, escreve que «o procedimento cautelar é um meio destinado à consecução de uma medida de carácter provisório e imposta pela urgência na solução de uma questão que se levantou».

⁽¹²⁴⁴⁾ Neste sentido, M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre...*, cit., pp. 228 ss.

⁽¹²⁴⁵⁾ Como vimos, R. CAPONI («La tutela sommaria...», cit., p. 1371) escreve a este propósito o seguinte: «un provvedimento può essere provvisorio, senza dover essere strumentale: ad esempio, l'appena esaminata ordinanza di condanna emanata al termine del procedimento sommario di cognizione nel processo societario viene meno quando è emanato il provvedimento a cognizione piena (è provvisoria), ma non è strumentale». E o autor reforça agora esta ideia acrescentando: «Invece i provvedimenti cautelari, in quanto al servizio del provvedimento definitivo, non possono non essere provvisori. La strumentalità costituisce quindi la ragione d'essere della provvisorietà dei provvedimenti cautelari, tanto che si potrebbe parlare anche di una loro provvisorietà strumentale».

(«provvedimenti provvisori»), que inclui três tipos de decisões que estão destinadas a ser revogadas, modificadas ou substituídas por uma posterior decisão, sendo que o denominador comum concerne ao facto de todas elas não serem idóneas para regular definitivamente uma situação jurídica, sendo incapazes de produzir efeitos *não-temporários*. Assim, em primeiro lugar, a categoria integra as decisões provisórias cautelares, isto é, as decisões que presumem a existência do *periculum in mora* e são instrumentais perante uma decisão definitiva que se pretende efectiva. Em segundo lugar, agrupa as decisões que satisfazem uma necessidade de tutela urgente e limitada no tempo, mas que não são instrumentais à decisão definitiva, que o autor associa, por exemplo, ao domínio da tutela em matéria do direito da família e dos filhos. E, finalmente, a categoria inclui decisões que não são instrumentais perante outras decisões definitivas e que, não obstante não dependerem de uma urgência determinada, podem ser um instrumento de aceleração processual ⁽¹²⁴⁶⁾.

Também a ciência francesa do direito processual evidencia um sentido qualitativo do conceito de provisoriedade, não obstante a provisoriedade estar associada a realidades muito heterogéneas, constituindo mesmo, segundo PERROT, um grupo heterogéneo (uma «fillette indisciplinée»). Na verdade, não obstante ser «um fenómeno muito particular do direito moderno», a categorização das decisões provisórias não é realizada pela ciência processual, uma vez que a visão de conjunto pode ser uma tarefa assaz complicada. Com efeito, os manuais clássicos de processo civil do início do século passado não desenvolveram grandes considerações em torno do conceito de provisoriedade ⁽¹²⁴⁷⁾ e, hoje, porque o fenómeno da provisoriedade se desenvolveu, é mais difícil proceder a um estudo sistemático das diferentes figuras de tutela provisória. Ainda assim, o conceito pode ser tratado no contexto da urgência, tendo por suporte um critério funcional ⁽¹²⁴⁸⁾. Também na Alemanha o conceito de provisoriedade tem um sentido qualitativo quando é associado à urgência. Contudo, por causa da alteração do tipo de contencioso, o sentido do conceito de provisoriedade tem vindo a ser alterado, de tal forma que chega a existir uma modalidade de decisão provisória que é considerada como «corpo estranho ao sistema». Na verdade, a metamorfose ocorrida na *einstweilige Verfü-*

⁽¹²⁴⁶⁾ R. CAPONI («La tutela sommaria...», cit., p. 1391) escreve a este propósito o seguinte: «Vi sono infine i provvedimenti che non rispondono necessariamente all'urgenza del provvedere, né sono strumentali ad un provvedimento definitivo. Tali sono i provvedimenti emanati al termine di procedimenti sommari semplificati esecutivi, la cui idea stenta ad affermarsi in giurisprudenza, ma potrebbe riunire tutta una serie di ipotesi».

⁽¹²⁴⁷⁾ Neste sentido, vd. R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 150 e 151.

⁽¹²⁴⁸⁾ Neste sentido, vd. R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., p. 153.

gung é prova de que, no contencioso moderno, as necessidades de tutela urgente têm vindo a alterar a própria funcionalidade e filosofia da tutela provisória cautelar.

A ciência do direito processual tem, pois, tido dificuldade em sistematizar os processos de urgência através do perfil da provisoriedade, uma vez que para além das alterações introduzidas nos regimes processuais que já não contemplam uma associação entre urgência e provisoriedade, como acontece em França, onde, mais recentemente, a técnica da provisoriedade abandonou o processo de *référé*, também se verifica uma alteração *de facto* daquela técnica⁽¹²⁴⁹⁾. Além de que, deve ter-se em conta que, com o aceleramento da vida social e económica e com o congestionamento dos sistemas processuais, o grau de autonomia do processo acessório ou instrumental do tipo cautelar perante o processo principal aumentou e o sentido da provisoriedade foi sendo irreversivelmente alterado — para não dizer absolutamente rejeitado. Mesmo, no cenário da urgência, o conceito tradicional de provisoriedade tem vindo a sofrer alterações significativas.

Neste sentido, podemos dizer que no contexto europeu a provisoriedade anda associada a três tipos de decisões urgentes. Um primeiro tipo integra as decisões provisórias cautelares, que podemos classificar de conservatórias, na medida em que se destinam a conservar um determinado estado de facto e de direito com vista a garantir a plena eficácia da execução forçada da sentença. Estas decisões provisórias que são destinadas a assegurar os bens do devedor sobre os quais versará a futura execução, constituem, na verdade, o embrião da tutela de urgência. Em França, prevê-se a *saisie conservatoire*, na Alemanha prevê-se o *Arrest* e a *Sicherungsverfügung* e na Inglaterra prevê-se a figura de *freezing injunction*. Um segundo tipo de decisões provisórias correspondem às decisões que visam regular interinamente um determinado *status quo* que é relativo a uma acção principal, sendo que estas são normalmente disciplinadas através de cláusulas gerais. Assim, no sistema francês, o NCPC prevê o *référé conservatoire* ou *de remise en état* e na Alemanha está consagrada no § 940 da ZPO a *Regelungsverfügung*. Finalmente, um terceiro grupo de decisões provisórias diz respeito a decisões que antecipam e satisfazem, de modo parcial ou total, a pretensão referente ao direito que se invoca e que pode resultar de uma decisão traduzida numa ordem para fazer, não fazer ou entregar. E assim, invocando uma *pretensão-de-urgência* que se afere pela neces-

(1249) A este propósito, quanto ao sistema francês e belga, vd. G. CLOSSET-MARCHAL, «La caducité et la rétractation de la décision ordonnant les mesures provisoires», in: *Les mesures provisoires...*, cit., pp. 364 e 365; J. NORMAND, «La caducité et la rétractation de la décision ordonnant les mesures provisoires», in: *Les mesures provisoires...*, cit., pp. 391 e 392.

sidade de realização imediata do direito material, sob pena de perda de efectividade da decisão que vier a restaurar o direito material, é possível em França, através do *référé classique* (artigo 808.º do NCPC), obter a antecipação de um efeito de uma sentença principal. E também através do *référé-provision* e do *référé-injonction* é possível, «*dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*», tutelar de forma provisória e antecipada o crédito pecuniário ou o crédito a uma prestação *de facere*. Na Alemanha, a decisão provisória com tal conteúdo aparece sobre a forma de *Befriedigungsverfügung* ou de *Leistungsverfügung* e na Inglaterra surge como *interlocutory injunction*.

2.2. Não obstante a provisoriedade também se desdobrar em aspectos de natureza quantitativa, quando se associa o conceito de decisão provisória a urgência invoca-se sobretudo o carácter qualitativo da decisão. Vamos, por isso, procurar delimitar este sentido qualitativo, fazendo-o no seio dos processos que, sendo acessórios de um outro processo principal, realizam a função cautelar. Para o efeito, recorreremos aos ensinamentos da ciência italiana, espanhola e portuguesa do direito processual. Aqui, claro está, a técnica da *provisoriidade* está enquadrada pela função que o processo cautelar realiza e pelas demais características que lhe assistem, mormente a da acessoriidade-instrumentalidade e da sumariedade da cognição. A este propósito invoca-se a expressão decisão provisória como sinónimo de decisão cautelar-interina, que tem subjacente um juízo provisório sobre a questão jurídica pendente no processo principal, uma expressão que é empregue na escola italiana do início do século XX, mas que remonta, na verdade, ao *ius romanum* do período clássico⁽¹²⁵⁰⁾.

Actualmente, a apreciação qualitativa do conceito de provisoriedade realizada pela ciência processual italiana, espanhola e portuguesa não rompe, neste aspecto, com o pensamento clássico. E, neste sentido, não podemos apenas dizer que o carácter provisório da decisão cautelar corresponde em absoluto ao seu carácter temporário. Com efeito, a expressão provisoriedade não ficará bem definida se apenas considerarmos que esta traduz a natureza de uma decisão com eficácia limitada no tempo. Neste quadro, a provisoriedade não pode significar somente uma técnica que é a oposta à prevista no processo principal, enquanto processo que é adequado a desembocar numa sen-

⁽¹²⁵⁰⁾ Defendendo uma nova leitura das fontes do *ius romanum*, a partir daquilo que elas significavam no período pós-clássico, D. SIMON («*Summatim cognoscere...*», cit., pp. 142 a 218, esp. pp. 216 e 217) realça a provisoriedade de certas medidas de urgência, associando a cognição sumária à interinidade da media. Assim, *summatim cognoscere* significava sobretudo pré-decidir num processo acessório, de modo provisório (interino e não-prejudicial) a questão jurídica pendente num processo principal.

tença que tem capacidade para definir definitivamente a causa e adquirir autoridade de caso julgado ⁽¹²⁵¹⁾.

Na verdade, colhendo o sentido da doutrina clássica, devemos esclarecer que, para definir o sentido do conceito de provisoriedade, é também necessário associar a técnica da provisoriedade à função e à estrutura dependente e acessória do processo no âmbito do qual a decisão provisória é proferida e à qualidade da cognição que lhe dá origem, não sendo suficiente apelar ao carácter não duradouro dos efeitos da decisão proferida nesse processo. A decisão é provisória porque tem subjacente um «juízo provisório», *id est*, um tipo de cognição qualitativamente distinto, uma cognição sumária cautelar, como teremos oportunidade de verificar no capítulo seguinte desta dissertação. Neste sentido, a provisoriedade decorre da qualidade da decisão que é proferida tendo subjacente um exame sumário, não completo e não conclusivo sobre a *quaestio iuris* a tratar na causa principal, sendo tal cognição conducente à formação de um juízo de menor intensidade quanto à forma como o direito material será aplicado na causa principal a essa questão jurídica ⁽¹²⁵²⁾. E, olhando para trás no tempo, percebemos que a ciência do direito processual tem desde sempre associado a *urgência/periculum in mora* à provisoriedade. Como vimos, a «composição provisória da lide» traduzia para CARNELLUTI a principal função dos processos cautelares ⁽¹²⁵³⁾. E, para CALAMANDREI, a provisoriedade decorria do *scopo* realizado pelo processo cautelar, propondo, assim, o conceito de «provisoriade quanto ao fim». Estas considerações, que remontam ao início do século passado, foram acolhidas pela ciência do direito processual italiana, espanhola e portuguesa. Aliás, entre nós, foram ambas aceites por ALBERTO DOS REIS e ainda se mantêm na actualidade, sendo, por isso, de realçar as considerações que, nos seus *Estudos*, TEIXEIRA DE SOUSA tece à necessidade da composição provisória da lide por razões de urgência.

⁽¹²⁵¹⁾ Neste sentido, A. S. ABRANTES GERALDES, «Procedimento cautelar comum...», cit., p. 94.

⁽¹²⁵²⁾ A este propósito, embora de acordo com outra terminologia, vd. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre...*, cit., pp. 228 e 229.

⁽¹²⁵³⁾ Neste sentido, F. LANCELLOTTI («Osservazioni critiche...», cit., p. 243) afirma que «la provvisorieta da sola non avrebbe costituito un elemento sufficiente di autonomia, perchè un carattere provvisorio si può riscontrare anche in altri gruppi di provvedimenti processuali, i cui effetti alle volte durano fino a che non sopraggiungano diversi provvedimenti di carattere definitivo (...). L'elemento peculiare dei provvedimenti cautelari fu considerato quindi non nella semplice provvisorieta, ma in quella speciale provvisorieta che consegue allo scopo di eliminare il pericolo del ritardo e la cui transitoria funzione, strettamente collegata a tale scopo, direttamente ne discende: in altri termini la peculiarità della categoria si rivelò nella natura cautelativa dei suoi provvedimenti, concepita *la cautela* come conseguenza del *periculum in mora* e come la causa dell'efficacia provvisoria dei provvedimenti stessi».

2.2.1. Vejamos, com mais detalhe as considerações que introduzimos em primeiro lugar. Assim, no contexto da *urgência/periculum in mora*, o que hoje se entende por provisoriedade em muito se deve ao tratamento sistemático que CALAMANDREI dedicou às providências cautelares, e em especial à sua função. A concepção *calamandreiana* de provisoriedade parte da função instrumental da *decisão-de-urgência-cautelar* e do carácter *acessório-instrumental* do processo urgente cautelar. Neste sentido, a expressão «provisória» decorre da função cautelar da providência e corresponde a decisão *interina* e «ambas as expressões indicam o que está destinado a durar somente no tempo *intermedio* ou tempo que precede o evento esperado» (1254) ou decisão definitiva (principal). Partindo desta regra, que a urgência na modalidade de *periculum in mora* determina o decretamento de uma decisão provisória, a ciência processual vindoura procurou consolidar o sentido qualitativo de provisoriedade, reforçando a associação deste conceito ao carácter sumário da decisão, isto é, ao tipo de decisão que tem subjacente um tipo de cognição que é qualitativamente diferente do tipo de cognição plena que se realiza no seio do processo principal. A decisão cautelar pressupõe a realização de um «juízo qualitativamente provisório» ou «juízo sumário» (2.2.1.1.).

Na actualidade, a perspectiva qualitativa da técnica da provisoriedade é evidenciada pela a ciência italiana, portuguesa (1255) e espanhola (1256) do direito processual, sendo que a provisoriedade também abarca os momentos não qualitativos de temporaneidade e variabilidade. Os actuais regimes do processo civil, designadamente o c.p.c. italiano (sendo certo que, agora, apenas no que concerne às providências cautelares conservatórias, por força da alteração ao c.p.c. que entrou em vigor em 2006), a LECiv espanhola e o CPC português consagram um idêntico modelo de concretização da provisoriedade cautelar (2.2.1.2.).

(1254) Neste sentido é a posição de P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., pp. 9 e 21 ss.

(1255) A propósito do sistema português, vd. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre...*, cit., p. 228.

(1256) A este propósito, vd. M. ANGEL FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, III, 4.^a ed., Madrid, 1997, p. 406; M. ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, pp. 31 ss.; M. ORTELLS RAMOS/M. P. CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar...*, cit., pp. 8, 9 e 10; M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, pp. 30 ss.; M. ÁNGELES JOVÉ, *Medidas innominadas en el proceso civil*, Barcelona, 1995, pp. 142 ss.; F. GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de las medidas cautelares con carácter previo a la demanda...*, cit., pp. 13, 16 e 99 ss.; M. SERRA DOMÍNGUEZ, Prólogo a J. P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio*, Barcelona, 1998; S. BARONA VILAR, «Proceso Cautelar», in: *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, J. MONTERO AROCA/J. L. GÓMEZ COLOMER/A. MONTÓN REDONDO, Valencia, 2000, p. 740; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, 4.^a ed., Madrid, 2001, pp. 578 ss. e 593 ss.; J. GARBERÍ LLOBREGAT/J. M. T. FERNÁNDEZ DE SEVILLA/L. CASERO LINARES, *Las medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2004, pp. 87 ss.

2.2.1.1. Vejamos com mais desenvolvimentos estes perfis da provisoriedade. Cumpre, em primeiro lugar, invocar a definição *calamandreiana* de provisoriedade, que é associada pelo professor aos processos urgentes cautelares, uma definição que, estando conectada com a característica da instrumentalidade do processo cautelar ⁽¹²⁵⁷⁾, parte do princípio de que a providência cautelar é provisória porque se identifica com o objectivo que cumpre: «a tutela cautelar é provisória porque apenas deve durar durante o tempo em que cumpre a sua função» ⁽¹²⁵⁸⁾. A decisão urgente cautelar só pode existir «*nel frattempo*», isto é, enquanto se aguarda o desenlace do processo principal, porque só pode existir para assegurar a eficácia da decisão que é proferida nesse processo ⁽¹²⁵⁹⁾. Neste contexto, podemos dizer que a expressão provisoriedade coincide com «eficácia ou duração limitada no tempo» a que a providência cautelar está sujeita por causa da sua função instrumental. CALAMANDREI prefere, aliás, designar tal traço por «provisioriedade», afastando o vocábulo «temporalidade» ⁽¹²⁶⁰⁾.

Enfim, de acordo com o raciocínio *calamandreiano*, a decisão cautelar antes que «geneticamente provisória» ⁽¹²⁶¹⁾ é fundamentalmente provisória *quanto ao fim*, já que está, pela sua própria natureza, destinada «a deixar de existir» quando a sua finalidade se esgota, quer no momento em que é decretada a decisão definitiva (cuja efectividade assegurou), quer quando se confirma que o direito a acautelar não existe ou desaparece, porque nestes casos não haverá razão para que a decisão cautelar continue a produzir efeitos, devendo extinguir-se o processo e a providência caducar ⁽¹²⁶²⁾.

⁽¹²⁵⁷⁾ G. CHIOVENDA (*Istituzioni...*, cit., p. 217) também distinguia a provisoriedade cautelar da provisoriedade de outras decisões igualmente provisórias, cuja característica decorre da cognição sumária parcial que nelas é realizada, os «*accertamenti con prevalente funzione esecutiva*». P. CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 11, 12 e 13) retoma exactamente este mesmo sentido chiovendiano. Cfr. A. PROTO PISANI, «Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale», FI (Parte V), 1998, pp. 8 ss.

⁽¹²⁵⁸⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 10.

⁽¹²⁵⁹⁾ Procurando esclarecer melhor, CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 14 e 15) distingue a provisoriedade cautelar da provisoriedade de outras decisões que tiram a natureza provisória da cognição sumária que antecedeu o seu decretamento: «a tutela sumária é aquela que aspira a transformar-se em definitiva. Aquela que nasce provisória, mas que tem esperança de converter-se em providência que decide definitivamente o mérito». A cautelar é sempre provisória.

⁽¹²⁶⁰⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., pp. 10 ss.

⁽¹²⁶¹⁾ A este propósito, vd. G. TARZIA («La tutela cautelare...», cit., pp. XXIX e XXX), que considera que, de entre os três conceitos diferentes de provisoriedade («*provvisorietà nel fine*»; «*provvisorietà eventuale*» e «*provvisorietà normale*»), só o primeiro traduz a natureza provisória da decisão cautelar.

⁽¹²⁶²⁾ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 15. No mesmo sentido, reforçando a relação entre a instrumentalidade e a provisoriedade das decisões cautelares não especificadas,

Assim, esta perspectiva qualitativa-funcional de explicação daquilo que é provisório manteve-se na dogmática italiana, espanhola e portuguesa. E, deste modo, permanece o princípio de que a decisão cautelar tem eficácia provisória porque funcionalmente realiza uma finalidade e, por isso, só existe enquanto se aguarda a decisão definitiva, devendo, pois, caducar ou extinguir-se quando já não faz sentido, por se ter esgotado a sua função. A esta ideia acrescenta-se ainda uma outra. A decisão cautelar é provisória porque tem subjacente um «juízo provisório» e, portanto, não sendo «decisória» perante o juiz da causa principal, os seus efeitos são limitados e restritos ao processo cautelar, não tendo qualquer tipo de efeito externo e não podendo considerar-se tais efeitos definitivos de direito, ainda que possam vir a ser definitivos *de facto* ⁽¹²⁶³⁾.

De acordo com esta outra perspectiva, a técnica da provisoriedade cautelar está associada à qualidade da cognição efectuada no âmbito desse processo acessório-instrumental, uma vez que a decisão não tem subjacente uma cognição assente em provas *stricto sensu*. Alguma doutrina, entre a qual se conta mais recentemente TOMMASEO, ao distinguir, a partir do perfil estrutural, a tutela cautelar de outras formas de tutela (incluindo, aquela que ele chama de «sumária não cautelar»), afirma que a provisoriedade da providência cautelar resulta do «juízo hipotético» e da valoração meramente probabilística que o juiz cautelar está autorizado a realizar do mérito da causa principal. Com efeito, a provisoriedade cautelar é compreendida não apenas por referência «à duração no tempo da decisão», mas compreende também a forma como se aprecia o objecto da lide, em termos que tal apreciação, porque provisória, é apta a produzir efeitos de natureza especial ⁽¹²⁶⁴⁾. Segundo TOMMASEO, a cognição sumária realizada no processo urgente cautelar implica uma diminuição qualitativa do *accertamento*, pelo que tal providência urgente não tem efeitos *dichiarativos*, não podendo produzir efeitos definitivos de direito. Ou, por outras palavras, todos os efeitos produzidos pela decisão que é qualitativamente provisória devem ser reversíveis de direito, ainda que o não sejam de facto. Assim se entende também que a decisão provisória cau-

emitidas pelo juiz ao abrigo do artigo 700 do c.p.c., vd. L. MONTESANO, «Sulla durata dei provvedimenti d'urgenza», RDPProc., 1956, pp. 1 ss., esp. pp. 7 e 8.

⁽¹²⁶³⁾ Entre nós, a posição de ALBERTO DOS REIS («A figura do processo cautelar...», cit., pp. 23 e 24), que vai no mesmo sentido da exposta, ainda se mantém. No mesmo sentido, J. DOS SANTOS SILVEIRA (*Processos de natureza preventiva...*, cit., pp. 18 e 19), à luz do Código de 1961, entende que «a decisão cautelar, porque provisória, não pode influenciar o julgador na acção posterior ou principal. A decisão provisória estribou-se numa simples aparência do direito invocado, num mero juízo de probabilidade ou verosimilhança e numa prova sumária e ligeira quanto à insatisfação do direito aparente, pelo que não pode influir no juízo de certeza».

⁽¹²⁶⁴⁾ A este propósito, vd. F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 150 ss., esp. pp. 152, 164, 165, 170 e 171.

telar forme um *tipo especial de caso julgado* perante o processo principal, uma vez que, devido à relação que o processo cautelar tem com este, o juízo urgente realizado quanto ao *thema decidendum* não tem qualquer efeito fora daquele processo, beneficiando apenas, e somente neste sentido, de alguma estabilidade externa ⁽¹²⁶⁵⁾. Neste sentido, decisão provisória significa decisão interina, *não-prejudicial*, isto é, decisão que não esgota a questão pendente no processo principal.

2.2.1.2. Este entendimento *clássico* é retomado, como já dissemos, pela doutrina moderna. Esta vem recuperar o sentido qualitativo da provisoriedade, dando, no entanto, o devido ênfase às diversas demonstrações dessa figura ⁽¹²⁶⁶⁾. Assim, tendo em conta o contexto funcional do processo cautelar e a sua característica da instrumentalidade, é, de facto, obrigatório salientar que, nos actuais regimes jurídicos do processo civil espanhol e português, a expressão provisoriedade surge associada à provisoriedade da medida e dos seus efeitos, sendo também sinónimo de temporaneidade e de eficácia temporalmente determinada, sendo, pois, necessário afirmar-se que, hoje, tal conceito traduz nestes sistemas a incapacidade da decisão cautelar para formar caso julgado ⁽¹²⁶⁷⁾. Assim, relacionada com a impossibilidade de adquirir autoridade de caso julgado, está também a falta de estabilidade da decisão cautelar que se verifica tanto na variabilidade como na possibilidade de, em determi-

⁽¹²⁶⁵⁾ Sobre esta questão, vd. F. MARELLI, «La stabilità dei provvedimenti cautelari», RDProc. (3), 1999, pp. 761 ss. No ordenamento jurídico português, está legalmente previsto que «nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da acção principal» (artigo 383.º, n.º 4, do CPC). Quanto ao sistema português, vd. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre...*, cit., p. 228.

⁽¹²⁶⁶⁾ Assim, por exemplo, tendo em conta que a provisoriedade corresponde à limitação temporal da providência e que a duração dos efeitos da decisão cautelar está totalmente dependente da sorte da decisão no processo principal, há quem qualifique a decisão provisória como «uma decisão sujeita a condição resolutiva». A este propósito, considere-se a crítica de E. A. DINI/G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 51.

⁽¹²⁶⁷⁾ Por exemplo, no sistema processual civil espanhol, está claramente prevista a vigência temporal e a eventual revogabilidade da providência cautelar, uma vez que esta medida não produz efeitos de caso julgado. Assim, nos termos do artigo 730.2 LECiv, a providência cautelar decretada antes de ser intentada a acção principal, fica sem efeito (caduca), se no prazo de vinte dias após o seu decretamento, o beneficiário não acciona o processo principal no tribunal competente. E, igualmente, a providência extingue-se se desaparece o *periculum in mora* ou se, extinguindo-se o processo principal, desaparece a razão da sua existência (artigo 745 LECiv). A duração da providência está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, de tal modo que, existindo alteração das circunstâncias inicialmente previstas, é possível modificar e revogar a providência decretada. Assim acontece nos termos dos artigos 730.4, 736.2 e da regra geral prevista nos artigos 743 e 744, todos da LECiv.

nadas situações previstas na lei processual, a decisão provisória caducar e de o processo urgente se extinguir.

Assim, desde logo, quanto à natureza variável, de acordo com a disciplina do processo civil espanhol (LECiv), a decisão cautelar é provisória porque está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, pelo que pode ser modificada ou revogada se, no entanto, se alterarem as circunstâncias que sustentaram o decréto da decisão. E, de resto, a ciência espanhola do direito processual não receia denominar este aspecto da eficácia da providência cautelar de «temporalidade» ou «variabilidade», empregando tais expressões como sinónimos de provisoriedade⁽¹²⁶⁸⁾. E, por outro lado, a provisoriedade implica que a providência caduque ou se extinga em certas situações. Aliás, cumpre salientar que, em sentido diverso à solução contemplada nos ordenamentos jurídicos francês e alemão, no italiano, no espanhol e no português se optou por concretizar um mesmo tipo de solução, que é reveladora da existência de um ligamento obrigatório entre o processo urgente cautelar e a acção principal, evidenciando, assim, deste modo, que a provisoriedade, por razões de tutela de urgência, está intimamente ligada à natureza acessória e instrumental do processo urgente cautelar.

Por exemplo, em Itália, depois da última alteração introduzida ao c.p.c., em 2006, a caducidade da providência cautelar de natureza conservatória — o mesmo não acontecendo em relação à providência cautelar antecipatória — pode resultar do facto de o beneficiário da providência não accionar a acção principal no prazo máximo de sessenta dias, quando outro prazo não tiver sido estipulado pelo juiz. Assim, acontece, de facto, no sistema italiano, onde a medida cautelar também perde eficácia se a acção for declarada improcedente por decisão de mérito ainda não transitada em julgado, discutindo-se apenas se da sentença desfavorável ao requerente resulta a caducidade da providência e se esta produz efeitos *ex nunc* (a partir do momento em que é determinada) ou *ex tunc*. O preceito do c.p.c. italiano (artigo 669-*novies*) parece apontar para a segunda hipótese, já que determina que «o juiz, ao declarar a ineficácia da providência cautelar, tomará todas as medidas necessárias para restabelecer a situação precedente. Claro está que há situações em relação às quais é impossível anular retroactivamente os efeitos produzidos pela provi-

(1268) A este propósito, vd. E. MERLIN, «La caducité et la rétractation des mesures provisoires», *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé...*, cit., pp. 380 e 381; F. MARELLI, «La stabilità...», cit., pp. 761 ss. E, quanto à doutrina espanhola, vd., por exemplo, S. BARONA VILAR, «Proceso cautelar», *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000...)*, cit., p. 740; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 593; J. GARBERÍ LLOBREGAT/J. M. T. FERNÁNDEZ DE SEVILLA/L. CASERO LINARES, *Las medidas...*, cit., pp. 87 ss.

dência cautelar injustificada ⁽¹²⁶⁹⁾. De qualquer modo, para além de a provisoriedade se aferir pela caducidade da medida por vicissitudes do processo principal, no ordenamento jurídico italiano a provisoriedade também decorre do facto de as medidas cautelares poderem ser revogadas ou modificadas pela alteração das circunstâncias (artigo 669-*decies*).

A ciência portuguesa do direito processual explica do mesmo modo o conceito de provisoriedade, tendo reavido as considerações tradicionais. Assim, como ensina TEIXEIRA DE SOUSA, a provisoriedade das providências cautelares resulta quer da circunstância de elas corresponderem a uma tutela que é qualitativamente distinta daquela que é obtida na acção principal de que são dependentes (...), quer da sua necessária substituição pela tutela que vier a ser definida nessa acção ⁽¹²⁷⁰⁾. E para além deste aspecto da substituição, também cumpre referir que a providência cautelar caduca em certas situações, entre as quais se conta a de se extinguir a própria situação subjectiva que justificou a providência e a de a decisão que vier a ser proferida na acção principal não ser compatível com a medida provisória decretada. É, aliás, o que acontece quando essa acção for julgada improcedente por uma sentença transitada em julgado (artigo 389.º, n.º 1, alínea *c*), do CPC). Em qualquer caso, a caducidade não opera automaticamente, já que cabe ao requerido solicitar o seu levantamento, devendo o tribunal ordenar as medidas necessárias a repor a situação anterior ao decretamento da mesma. Enfim, a providência cautelar proporciona uma composição provisória e, por isso, a decisão também

⁽¹²⁶⁹⁾ G. TARZIA («Providências cautelares atípicas...», cit., p. 253) denomina tal tipo de efeitos, por efeitos irreversíveis, dando como exemplo de um efeito irreversível aquele que decorre do decretamento de uma providência cautelar que reintegra o trabalhador, sendo que a decisão de fundo não vem considerar o despedimento ilegítimo. Em seu entender, a prestação de trabalho ao abrigo da providência cautelar favorável, e durante aquele período intermédio, traz um facto irreversível.

⁽¹²⁷⁰⁾ A este propósito, como já tivemos oportunidade de dizer numa pequena citação, M. TEIXEIRA DE SOUSA (*Estudos sobre...*, cit., pp. 228 ss.) explica que a «diferença qualitativa entre a composição provisória e a tutela atribuída pela acção principal decorre dos seus pressupostos específicos e, nomeadamente, da suficiência da probabilidade da existência do direito acautelado (...)». Assim «a suficiência da mera justificação como grau de prova exigido para aquele decretamento constitui um indício seguro de uma tutela que é qualitativamente distinta daquela que exige uma prova *stricto sensu* dos factos relevantes». Este aspecto também permite distinguir esta composição provisória obtida através das providências cautelares daquela que resulta de uma decisão sujeita a recurso com efeito meramente devolutivo (cfr. artigos 692.º, n.º 2, 723.º e 792.º, 1.ª parte): esta última é uma tutela provisória porque ainda deverá ser confirmada ou revogada por uma outra decisão e não porque atribui uma tutela qualitativamente distinta da decisão controlada». Além disso, a composição resultante do decretamento de uma providência também é provisória atendendo a que ela se destina a ser substituída por aquela que vier a resultar da acção principal da qual depende (cfr. artigo 383.º, n.º 1).

tem um carácter temporário, podendo ser modificada ou revogada por alteração das circunstâncias iniciais.

3. A provisoriedade qualitativa de matiz francesa e alemã

Como se disse já, a provisoriedade tem uma natureza qualitativa quando associada à urgência. De seguida, vamos procurar identificar o conceito de provisoriedade no contexto dos processos de urgência previstos no regime do processo civil alemão e francês. Assim, no modelo do processo civil francês, a urgência é fundamentalmente tratada pelas decisões proferidas em *référé* (ou seja a *ordonnance de référé*) e no processo civil alemão a protecção judicial urgente corresponde essencialmente à tutela provisória (ou *einstweilige Rechtsschutz*), que está consagrada nos §§ 916 e 935 da ZPO. Em ambos os casos, os tipos de tutela previstos com natureza provisória são concebidos para acudir de forma urgente a uma ameaça de dano. São, com efeito, modalidades de tutela jurisdiccional que, como menciona PERROT, actuam numa missão de «salvaguarda provisória da decisão definitiva», e que são capazes de proporcionar uma «regulação intermédia» («*Zwischenregelung*»), enquanto a sentença principal não chega, tal como escreve LEIPOLD ⁽¹²⁷¹⁾. Mais do que qualquer outra coisa, em ambos os casos, as decisões são sobretudo qualitativamente provisórias — ainda que sejam também decisões incapazes de adquirir autoridade de caso julgado, sendo inaptas para produzir efeitos definitivos. De qualquer modo, para além deste aspectos, deve ainda reconhecer-se que a provisoriedade assume contornos especiais nos panoramas legislativos francês e alemão, uma vez que a relação ou nexos de acessoriedade-instrumentalidade dos processos de *référé* e da *einstweilige Verfügung* perante os respectivos processos principais é de menor intensidade. E, claro está, como nestes sistemas a existência do processo principal é *eventual* e não (absolutamente) obrigatória ⁽¹²⁷²⁾, a compreensão do conceito de provisoriedade impõe que se tenha em conta a diferente forma de concretização da provisoriedade, atendendo ao modo como os efeitos produzidos podem subsistir, mesmo na ausência de autoridade de caso julgado. Entre nós, o laço de instrumentalidade que liga o processo cautelar à acção principal é mais forte e, quando a providência cautelar é decretada *ante causam*, a propositura da acção principal não depende da livre von-

⁽¹²⁷¹⁾ A este propósito, respectivamente, R. PERROT («Les mesures provisoires...», cit., p. 153) e D. LEIPOLD (*Grunlagen...*, cit., p. 84).

⁽¹²⁷²⁾ Sobre este assunto, vd., por exemplo, E. MERLIN, «La caducité et la rétractation...», cit., pp. 380 e 381. E, quanto à posição da doutrina espanhola, vd. S. BARONA VILAR, «Proceso cautelar», in: *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000...)*, cit., p. 740.

tade das partes ou da iniciativa do juiz, como vimos. Neste sentido, e sendo essa a situação nos sistemas francês e alemão, que também se compreende que, por isso mesmo, a provisoriedade se manifeste de modo diferente nesses processos de urgência, quando comparado com aquilo que acontece entre nós, o mesmo acontecendo em Itália e em Espanha. Aliás, em Itália, procurou-se consagrar uma solução semelhante à prevista nas disciplinas processuais francesa e alemã, tendo a alteração de 2006 contemplado as providências antecipatórias.

Enfim, apontámos já que no contexto da urgência, o conceito de provisoriedade não corresponde apenas a temporaneidade. Pelo contrário, a temporaneidade e a variabilidade são manifestações quantitativas da provisoriedade. A compreensão qualitativa exige, pois, que se considere a função asseguradora e preventiva desempenhada pelo processo no âmbito do qual é proferida a decisão provisória e o carácter eventual da acessoriedade-instrumentalidade do processo de *référé* e de *einstweilige Verfügungen*. É também neste sentido que a ciência alemã do direito processual procede ao entendimento da provisoriedade das decisões de *Arrest* e das *einstweilige Verfügungen*, isto é, daquelas decisões interinas previstas, respectivamente, nos §§ 916 e 935 da ZPO. De facto, na medida em que as decisões provisórias asseguradoras visam garantir a efectividade das sentenças definitivas, a ciência jurídica tem considerado que a provisoriedade decorre tanto do facto de a medida asseguradora ter uma duração interina, isto é, temporalmente determinada, como resulta também do facto de, por contraste com a sentença de mérito, a decisão provisória possuir um conteúdo qualitativamente diverso e produzir efeitos qualitativamente diversos, já que é inapta para definir e regular definitivamente a questão litigiosa existente entre as partes. Aliás, a doutrina tradicional considerava que essa característica se traduzia no facto de a decisão asseguradora ser um *aliud* e um *minus* perante a sentença principal (3.1.).

Como perceberemos, no contexto do *référé* francês (e, de modo igual, no belga), o conceito de provisoriedade tem um significado especial quando associado à urgência. É, por isso, aliás, que a ciência processual francesa emprega a expressão «tutela provisória *sensu stricto*», precisamente para distinguir as decisões judiciais provisórias que acodem à urgência das demais decisões judiciais provisórias sem função cautelar, isto é, outras modalidades de decisões judiciais proferidas em processos especiais às quais também falta a capacidade para transitar em caso julgado, mas que não realizam qualquer função relativa à urgência e à salvaguarda de efectividade da sentença a proferir num outro processo principal ⁽¹²⁷³⁾. A técnica da provisoriedade é, com efeito,

(1273) Neste sentido, E. MERLIN, «La caducité et la rétractation...», cit., pp. 369, 370 e 371; G. DEMEZ/C. PANIER, «L'autonomie du référé...», cit., pp. 45 e 46.

compreendida qualitativamente no contexto das *ordonnances de référé* ou «mesures provisoires au sens strict», isto é, das decisões provisórias que são proferidas pelo *juge des référés*, no decurso de uma *procédure de référé*, e às quais é reconhecida uma função cautelar, nos termos dos artigos 484.º a 492.º (NCPC) (1274). Aqui, para justificar a correspondência entre a técnica da provisoriedade e a urgência (na modalidade de *periculum in mora*), é necessário, portanto, invocar mais qualquer coisa. Assim, para definir provisoriedade cautelar não é suficiente fazer referência à «duração limitada no tempo» da providência urgente, visto que, como já mencionámos, há tipos de processos que desembocam em decisões provisórias, que podem ser revogadas e modificadas *rebus sic stantibus*, sem que esses processos possam ser qualificados como processos urgentes cautelares (1275). Mesmo sabendo que o vínculo que liga tais processos ao principal é muito ténue, cumpre fazer notar que é necessário enquadrar o conceito na função instrumental do processo e relacioná-la com a técnica antecipatória e com o carácter sumário do exame que preside ao decretamento da decisão (3.2).

3.1. No panorama legislativo alemão estão também previstos processos urgentes que são aptos a desembocar em decisões provisórias. E, claro está, a urgência é associada à protecção jurisdicional provisória (*einstweilige Rechtsschutz*). Com efeito, a ciência alemã do direito processual associa a urgência à provisoriedade e evidencia fundamentalmente um sentido qualitativo para este conceito, preferindo invocar a expressão «medidas provisórias em sentido restrito» para designar as decisões que realizam uma função asseguradora ou cautelar e que se caracterizam pela provisoriedade. São elas a decisão de *Arrest* e a *einstweilige Verfügung*, previstas, respectivamente, nos §§ 916 e 935 (ZPO) (1276), e a *einstweilige Zwischenregelung*, como a designava LEIPOLD, que

(1274) Quanto à competência provisória do juiz do processo civil francês, principalmente da exercida no âmbito das «procédures de référé», vd. P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides...*, cit., pp. 21, 71 a 121; J. VINCENT/S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26.^a édition, 2001, Paris, pp. 609 ss. e 830 ss.; J. BEAUCHARD, «La détermination des règles de compétence» (pp. 82 ss.); A. LACABARATS, «Le référé» (pp. 185 ss. e 601 ss.), in: *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de S. GUINCHARD, Paris, 2002.

(1275) Confirmando este raciocínio, mais uma vez, S. BARONA VILAR, «Proceso cautelar», in: *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000...)*, cit., p. 740.

(1276) Com efeito, estas disposições gerais aplicam-se no processo civil e no processo de trabalho. Há, contudo, regras especiais sobre a tutela cautelar. Assim acontece em matéria de divórcio e em matéria de realização urgente de prova (*Beweissicherungsverfahren*, § 485 da ZPO). O § 916 da ZPO dispõe sobre a figura cautelar do arresto preventivo, sobre os bens móveis e imóveis do devedor, com vista a assegurar a execução forçosa de uma sentença, referente a uma obrigação pecuniária ou a uma prestação convertível em obrigação pecu-

está consagrada no § 940 da ZPO e que a doutrina alemã do direito processual não classifica uniformemente, nem de acordo com os mesmos critérios (1277).

Com efeito, uma vez que as providências cautelares integram a Secção V do Livro VIII da ZPO e são sistematicamente disciplinadas pelo regime aplicável ao processo de execução, as decisões provisórias foram sendo tradicionalmente consideradas como garantia da execução da decisão principal («Sicherung des Anspruchs oder des Rechtsverhältnisses») e como formas de execução antecipada (antizipierte Zwangsvollstreckung) (1278). Contudo, esta conside-

niária. O § 935 da ZPO prevê as medidas conservatórias provisórias (ou, mais propriamente, as providências cautelares) que servem para assegurar o objecto do litígio, quando se receia que, em virtude de uma alteração da situação existente, é possível que se frustrate ou que se agrave consideravelmente a realização do direito de uma das partes. Nos termos do § 938 da ZPO, cabe ao tribunal determinar discricionariamente quais são as medidas necessárias para alcançar esse objectivo, podendo o tribunal tanto decretar medidas asseguradoras ou conservatórias, incluindo as de intimação para abstenção, como as antecipatórias *tout court*. A este propósito, vd. a anotação aos §§ 916 e 920 da ZPO de W. GRUNSKY (in: STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 21. Auflage, band 7, Teilband 1, §§ 864-945, Tübingen, 1996, pp. 319 ss. (significado geral das providências cautelares), pp. 341 ss. (sobre o procedimento de *Arrest*) e pp. 468 ss. (sobre as *Einstweilige Verfügungen bezüglich des Streitgegenstandes* ou sobre as providências cautelares não especificadas); M. VOLLKOMMER, in: ZÖLLER-Zivilprozessordnung-Kommentar, 23. Auflage, Köln, 2002, anotação aos §§ 916 a 945; W. SCHUSCHKE/W.-D. WALKER/D. SCHMUKLE, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar zum Achten Buch der Zivilprozeßordnung, Band II, Arrest und Einstweilige Verfügung*, §§ 916-945 da ZPO, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999; K. REICHOLD, in: H. THOMAS/H. PUTZO/R. HÜSSTEGE, *Zivilprozessordnung*, München, 2002, anotação aos §§ 916-945.

(1277) Para uma parte significativa da ciência processual alemã, esta modalidade de decisão provisória cautelar integra-se, na verdade, no tipo das *einstweilige Verfügungen*, estando prevista no § 940 da ZPO, sob a epígrafe *Einstweilige Verfügungen zur Sicherung des Rechtsfriedens* (medida provisória para garantir a paz jurídica): As medidas asseguradoras (cautelares) também procedem de modo a regular uma situação provisória referente a uma relação jurídica litigiosa sempre que a regulação resulte necessária, em especial em caso de relações jurídicas duradouras, para evitar prejuízos consideráveis ou para impedir uma violência (lesão) iminente ou por outros motivos». A propósito da dificuldade de distinção desta figura, vd. O. JAUERNIG, «Der zulässige...», cit., pp. 321 ss.; F. BAUR, «Arrest und einstweilige Verfügung...», cit., pp. 607 ss.; D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 101 ss. M. MINNEROP (*Materielles Recht...*, cit., p. 58) considera que na prática a diferença não é necessária, podendo o juiz não estar vinculado ao tipo de medida pedida, podendo decretar uma diversa sem que se considere alteração do pedido. A propósito da necessidade de se distinguir este tipo de medida, vd., principalmente, E. SCHILKEN, *Die Befriedigungsverfügung...*, cit., pp. 114 ss. Este último autor considera que, ao contrário da *Sicherungsverfügung* que exige apenas a verificação do *periculum in mora*, ou ameaça de lesão para uma das partes por alteração do *status quo*, a medida provisória prevista no § 940 obriga à valoração contrabalançada de interesses opostos.

(1278) De acordo com W. J. HABSCHEID («Les mesures provisoires...», cit., p. 35), ainda hoje se considera que as providências cautelares são uma «sub-forma» do *Arrest*, uma vez que

ração não obstou à tentativa mais recente de classificar as decisões provisórias, *maxime* a *einstweilige Zwischenregelung*, como figura alternativa e não instrumental à decisão de mérito a proferir no âmbito do processo declaratório (1279).

De uma forma ou de outra, a ciência alemã do direito processual tem demonstrado que há uma relação de necessidade entre a urgência e as decisões provisórias. Com efeito, não obstante terem sido menosprezadas funcionalmente, uma vez que a ciência processual da segunda metade do século XIX considerou como simples instrumentos ao serviço do processo de execução, as decisões provisórias têm vindo a desempenhar um papel significativo em alguns domínios específicos, tendo-se transformado num importante instrumento da realização do princípio da tutela jurisdicional efectiva (1280). Neste sentido, as decisões judiciais provisórias visam garantir a plena efectividade da sentença que vier a ser proferida no âmbito de um processo principal e, por isso, a natureza provisória decorre daquela função instrumental e do modo como, através delas, se protege as diferentes situações de urgência referentes a uma acção a accionar ou já pendente (1281).

Pelo que se acabou de dizer, também na doutrina alemã, a provisoriedade é justificada pela urgência — *id est*: pela necessidade de assegurar o património do devedor (§ 916 da ZPO), ou pela ameaça de alteração do *status quo* que é apta a frustrar ou a dificultar consideravelmente a realização do direito de

o § 936 da ZPO manda aplicar àquelas, as *einstweilige Verfügungen*, as disposições previstas para o processo de *Arrest*. A propósito da doutrina tradicional que evidenciava a natureza de tutela de execução antecipada às providências cautelares, vd. G. GÜTHE, «Voraussetzungen und Inhalt der antizipierten Zwangsvollstreckung», ZZZP, 24 (1898), pp. 346 ss.; R. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin, 1927, pp. 650 ss. Em sentido diverso, ao que nos parece, F. STEIN, *Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage*, Halle, 1903, pp. 7 ss.; W. EICHHORN, *Die einstweiligen Verfügungen in ihrem Verhältnis zum Arrest*, Erlangen, 1909, pp. 81 ss.; H. SCHULTE, *Eine Untersuchung über das Erkenntnisverfahren bei Arrest und einstweiliger Verfügung*, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1930, pp. 1 ss.

(1279) A propósito deste fenómeno, vd. K. BLOMEYER, «Arrest und einstweilige Verfügung...», cit., p. 55; F. BAUR, *Studien...*, cit., esp. p. 4; F. BAUR, «Arrest und einstweilige Verfügung...», cit., pp. 615 ss.; D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 4 ss.

(1280) Chamando à atenção para este aspecto, já na década de setenta do século passado, D. LEIPOLD, «Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes», ZZZP (90), 1977, pp. 258 ss.

(1281) A propósito de um dos pressupostos de decretamento da providência, o motivo da providência ou a necessidade da medida por razões de urgência, «Verfügungsgrund», H. THOMAS/H. PUTZO (*Zivilprozeßordnung...*, cit., p. 1414) referem que: «wie in § 940, muß zur Abwendung einer Gefährdung der Gläubigerinteressen eine vorläufige Sicherung im Eilverfahren notwendig sein. Es müssen Umstände bestehen, die nach dem objektiven Urteil eines vernünftigen Menschen befürchten lassen, daß die Verwirklichung des Individualanspruchs durch bevorstehende Veränderung des bestehenden Zustandes gefährdet ist».

uma das partes (§ 935 da ZPO) ou ainda pela necessidade de regulação intrínseca de uma situação jurídica para garantir a paz jurídica (§ 940 da ZPO). Em qualquer caso, a urgência justifica a provisoriedade da decisão e, claro está, da composição da lide, sendo esta referente a obrigações pecuniárias, no caso do § 916 da ZPO, e sendo relativa a todos os outros direitos *subjectivos*, nos casos previstos nos §§ 935 e 940 da ZPO, isto é, pretensões jurídicas referentes ao direito de propriedade, pretensões relativas à restituição de um coisa ou ao cumprimento de uma obrigação de fazer e não fazer (etc.)⁽¹²⁸²⁾. Assim, a pretensão urgente relativa ao § 935 tem por objecto uma prestação individual («*Individualleistung*») diversa do pagamento de uma quantia, a formulada ao abrigo do § 940 pressupõe a antecipação provisória da regulação («*einstweilige Erfüllung*») para uma relação jurídica duradoura. Não obstante a diferença existente entre estas duas modalidades não ser clara na dogmática, parece evidente, contudo, que as pretensões de urgência estão em qualquer caso conexas com a provisoriedade da decisão⁽¹²⁸³⁾. E, com efeito, o carácter provi-

⁽¹²⁸²⁾ Sobre este assunto, por exemplo, J. BLOMEYER, «Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung», ZJP (81), 1968, pp. 20 ss.

⁽¹²⁸³⁾ A propósito da diferenciação entre a *Sicherungsverfügung* e a *Regelungsverfügung*, O. JAUERNIG («Der zulässige...», cit., p. 324) refere que «Der Zweck des Verfügungstyps und die Vorläufigkeit der Entscheidung sind die Kriterien dafür, welche Anordnungen im Bereich der jeweiligen Verfügungsart generell zulässig sind. Diese Methode erfordert eine Abgrenzung der verschiedenen Verfügungsarten, was nach verbreiteter Ansicht für das Verhältnis von Sicherungs- und Regelungsverfügung “weder theoretisch möglich noch praktisch üblich“ sein soll» (p. 324). A habitual diferenciação realizada pela ciência alemã do direito processual entre as medidas cautelares conservatórias («*Sicherungsverfügungen*»), reguladoras («*Regelungsverfügungen*») e de prestação («*Leistungsverfügungen*») não satisfaz LEIPOLD. Para este autor outra é a diferenciação a fazer e outros devem ser os critérios. Para o autor, o § 935 e o § 940 da ZPO complementam-se numa cláusula geral abrangente, de tal modo que dela decorre a emissão de qualquer uma das medidas asseguradoras, as conservatórias, as inibitórias (ou de abstenção) («*Abwehrsverfügungen*») e as medidas de intimação («*Angriffsverfügungen*»), sendo que o critério de diferenciação pressupõe o tipo de ameaça ou o tipo de perigo que através delas se pretende afastar. Estas últimas, as positivas, através das quais se proporciona um *melhoramento* do actual *Status*, constituem, na realidade, um tipo normal de medidas provisórias cautelares, não pertencendo sistematicamente a outra categoria senão à mesma categoria das conservatórias («*Sicherungsverfügungen*») e das inibitórias (ou de abstenção) («*Abwehrsverfügungen*»). Não constituem, pois, uma espécie de qualquer outro tipo de categoria. O tipo e a extensão da ameaça de dano que se visa evitar justificam o tipo de medida cautelar adequada. No entanto, qualquer uma das medidas pode ser decretada tendo em conta os dois tipos de exames antecipados, sendo assim, possível, que qualquer uma delas resulte ou numa «*decisão aberta*» ou numa decisão material acessória. Assim, LEIPOLD apresenta o seu modelo bipartido da tutela cautelar (*Zweispurigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes*), uma tutela provisória que é decretada a partir de duas vias distintas, uma com exame da causa principal, outra que assenta na ponderação de interesses. Assim, D. LEIPOLD (*Grundlagen...*, cit., pp. 101 ss. e 105) coloca ao lado da

sório da decisão que é decretada neste contexto não advém somente do perfil temporário da medida (3.1.1.).

Pelo contrário, a ciência alemã do direito processual propõe um sentido qualitativo para a compreensão do conceito de decisão provisória, tendo em conta a sua função asseguradora ou cautelar («Sicherungszweck») e a instrumentalidade do processo em que é emitida. Assim, tendo em conta a dependência do processo urgente e a sua função instrumental, a provisoriedade decorre fundamentalmente do dogma que «proíbe a antecipação da decisão da causa principal». Com efeito, e neste último sentido, por causa do pressuposto da urgência (ou *Verfügungsgrund*, que traduz a razão, a causa ou os motivos que justificam a adopção da providência e cuja expressão pode, em todo o caso, ser traduzida pelo vocábulo *periculum in mora*), a provisoriedade exige apenas que o tribunal possa, num processo urgente, decretar medidas asseguradoras e preparatórias, com duração interina, devendo para o efeito realizar uma apreciação sumária («Glaubhaftmachung») sobre a factualidade alegada, em termos que, de acordo com uma valoração prognóstica, seja provável a existência do direito alegado ⁽¹²⁸⁴⁾ (3.1.2.).

3.1.1. Assim, como já se deixou apresentada a temática nas considerações introdutórias, a provisoriedade anda associada neste sistema à urgência e o sentido da provisoriedade das decisões de *Arrest* e de *einstweilige Verfügung* pode fixar-se duplamente. Por um lado, provisório corresponde a temporâneo e tal decorre do facto de as mesmas não possuírem autoridade de caso julgado.

primeira modalidade, a *Sicherungsverfügung* (que também inclui a figura de *Arrest*) as *Abwehrverfügungen* e as *Angriffsverfügungen*, constituindo todas modalidades da categoria «einstweiliger Rechtsschutz im Zivilsachen». Escreve o autor o seguinte: «Die übliche Unterscheidung von Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsverfügungen befriedigt nicht. § 935 und § 940 ergänzen sich zu einer umfassenden *Generalklausel* für den Erlaß einstweiliger Verfügungen. Innerhalb dieser *Generalklausel* können Sicherungs-, Abwehr- und Angriffsverfügungen unterschieden werden. Einteilungskriterium ist die Art der abzuwehrenden Gefahr» (pp. 114, 115 e 224). Também W. GRUNSKY (in: STEIN/JONAS, *Kommentar...*, cit., anotação ao § 935) não distingue as duas modalidades.

⁽¹²⁸⁴⁾ A este propósito, vd. K. BLOMEYER, «Arrest und einstweilige Verfügung...», cit., pp. 52 ss.; O. JAUERNIG, «Der zulässige...», cit., pp. 321 ss.; F. BAUR, *Studien...*, cit., esp. pp. 25, 26 a 35; D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 17 ss., 52 ss. e 94; D. LEIPOLD, «Strukturfragen...», cit., pp. 258 ss.; W. GRUNSKY, rescrição a D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes...*, cit., pp. 359 ss.; M. MINNEROP, *Materielles Recht...*, cit., pp. 29 ss., esp. pp. 51 ss. e 75 ss.; P. BÜLOW, «Zur prozeßrechtlichen Stellung des Antragsgegners im Beschlußverfahren von Arrest und Einstweiliger Verfügung», *ZZP*, 1985, pp. 274 ss.; A. GANSLMAYER, *Die einstweilige Verfügung im Zivilverfahren*, München, Stuttgart, Hannover, Berlin, 1991; S. VOGG, «Einstweilige Feststellungsverfügung?», *NJW*, 1993, pp. 1357 ss.; C. BERGER, «Zur Statthaftigkeit der auf Feststellung gerichteten einstweiligen Verfügung», *ZZP*, 1997, pp. 287 ss.

Assim, como tais medidas não têm efeito absoluto de caso julgado, podem ser anuladas e são passíveis de modificação e de revogação. Com efeito, nos termos do § 925, I e II, da ZPO, a decisão de *Arrest* pronunciada *inaudita altera parte* é passível de confirmação, modificação ou anulação, totalmente ou em parte, depois de o intimado ter apresentado oposição à providência. E, nos termos do § 926, I e II, *ex vi* § 936 da ZPO, estas decisões provisórias podem ser anuladas. Assim acontece se as decisões provisórias são decretadas *ante causam* e se, devendo o beneficiário da providência ter accionado o processo principal no prazo estipulado pelo juiz a requerimento da parte intimada, tal ordem judicial não tiver sido cumprida e a acção principal não tiver sido proposta no mencionado prazo. Além disso, o § 927, I, *ex vi* § 936 da ZPO prevê a possibilidade de a decisão cautelar ser revogada por alteração das circunstâncias e, em particular, por ter cessado o motivo que justificou o seu decretamento.

3.1.2. Por outro lado, a provisoriedade decorre igualmente do facto de a providência cautelar não dever tocar na questão litigiosa que é objecto da causa principal e não dever proporcionar antecipadamente a completa satisfação do demandante. Se em relação à medida de *Arrest* fácil é concluir que esta é provisória neste sentido, uma vez que a decisão não atinge a questão litigiosa pendente, já em relação à *einstweilige Verfügung* a afirmação é mais complexa, uma vez que a urgência por referência à salvaguarda do objecto do litígio pode exigir tanto medidas de natureza conservatória como de natureza antecipatória: impedir a venda de uma coisa, impedir a destruição ou modificação de um imóvel, obstar à publicação de uma notícia num jornal ou obter, por antecipação, a condenação do devedor no pagamento de uma provisão a título de indemnização por danos pode traduzir uma antecipação da causa. Daí a dificuldade, em saber o que deve entender-se por provisoriedade quando a *einstweilige Verfügung* traduz um tipo de antecipação, como no caso exemplificado.

Tradicionalmente, este princípio foi sendo entendido em sentido restrito, de tal maneira que o conceito de provisoriedade, porque relacionado com a função cautelar e com o conteúdo e o alcance da decisão principal, implicaria sempre a emissão de uma ordem asseguradora, conservatória ou preparatória, uma vez que esta não implicaria uma ingerência na questão litigiosa e não obrigaria a um pré-julgamento dessa causa. E ainda que em algumas situações fosse necessário pré-examinar, a decisão seria provisória se o seu conteúdo não coincidissem, numa certa perspectiva, ou não coincidissem na totalidade, de acordo com outra, com o conteúdo da sentença a emitir no processo principal. A decisão provisória foi sendo associada a decisão com conteúdo menor (apenas parcial) e diferente (distinto) daquele que o juiz de fundo estabeleceria para a

causa principal, de tal modo que os efeitos a produzir pela antecipação provisória não deveriam proporcionar uma satisfação integral da pretensão do requerente ⁽¹²⁸⁵⁾. Assim, para a ciência alemã do processo civil o conceito de provisoriedade esteve associado ao facto de a «decisão provisória em sentido restrito» não antecipar e não decidir a questão litigiosa subjacente à causa principal, devendo constituir um *minus* (BAUR) ⁽¹²⁸⁶⁾ e um *aliud* (JAUERNIG) ⁽¹²⁸⁷⁾ perante o conteúdo da decisão principal. Neste sentido, segundo esta compreensão, a ordem asseguradora deixaria de ser provisória se o juiz examinasse o mérito da causa e se os efeitos da decisão provisória antecipados coincidissessem na totalidade com os efeitos a produzir pela decisão principal, já que tal antecipação traduziria um *praejudicium* que extravasaria a função instrumental da tutela cautelar, concretizada através da *einstweilige Verfügung* ⁽¹²⁸⁸⁾.

⁽¹²⁸⁵⁾ Também E. ALLORIO («Per una nozione...», cit., esp. pp. 28 ss.), que muito se inspirou na ciência alemã de direito processual (*maxime*, em BRIEGLER), considerou que a tutela cautelar produz normalmente efeitos menos amplos do que aqueles que resultam da sanção principal.

⁽¹²⁸⁶⁾ A este propósito, F. BAUR (*Studien...*, cit., pp. 48 ss., esp. p. 52) escreve, precisamente, o seguinte: «Die Maßnahme der sichernden e. V. [einstweiligen Verfügungen] nach § 935 ZPO darf nicht zu einer Befriedigung des Hauptanspruchs des Gläubigers führen; im Vergleich zu der sich aus dem Hauptanspruch des Gläubigers ergebenden Rechtsfolge ist sie ein minus und ein aliud; die Maßnahme kann sich aber mit einer materiellrechtlichen Nebenpflicht decken. Diese Grundsätze gelten auch für die Sicherung eines Unterlassungsanspruchs. Es sind im Bereich des § 935 ZPO nur solche Maßnahmen anzuordnen, die nach den Grundsätzen des Zwangsvollstreckungsrechts vollstreckbar oder nach Sondervorschriften vollziehbar sind».

⁽¹²⁸⁷⁾ Por seu lado, O. JAUERNIG («Der zulässige...», cit., pp. 323 e 326) refere o seguinte: «Die Sicherungsverfügung darf nach verbreiteter Ansicht dem Antragsteller nichts verschaffen, was er nicht durch ein Urteil in der Hauptsache erhalten kann. Man schreibt das auch so, daß die anzuordnende Maßnahme sich “im Rahmen des Hauptanspruchs” halten müsse. Damit ist offenbar gemeint, daß der Verfügungskläger nicht mehr erhalten könne, als ihm auf Grund seines Anspruchs zustehe. Im Gegenteil — so ist zu ergänzen — könne ihm die Sicherungsverfügung nur *weniger* verschaffen. Das legt den Gedanken nahe, die Sicherung künftiger Rechtsverwirklichung sei eine unvollendete Befriedigung des Rechts». E escreve também que «Das Bild von der Sicherung als unvollendeter Befriedigung ist gefährlich, weil irreführend. Es vermittelt den Eindruck, die Sicherung künftiger Rechtsverwirklichung sei ein “wesensgleiches minus” gegenüber der Rechtsverwirklichung selbst. In Wahrheit ist sie ein aliud. So kann der Gläubiger z. B. mit einer Sicherungsverfügung — wie mit einem persönlichen Arrest — seinen Schuldner hinter Schloß und Riegel bringen». E assim conclui: «Kein Urteil in der Hauptsache verschafft ihm diese Macht».

⁽¹²⁸⁸⁾ A este propósito, e discordando de F. BAUR (*Studien...*, cit., pp. 48 ss., esp. p. 52), D. LEIPOLD (*Grundlagen...*, cit., p. 125) escreve, precisamente, o seguinte: «Vorläufig sind *alle* angeordneten Maßnahmen im Hinblick auf das Ergebnis des Hauptsacheprozesses: Erweist die im Hauptsacheverfahren festgestellte Rechtslage die einstweilige Verfügung als ungerechtfertigt, so kann deren Aufhebung erwirkt und für die Vergangenheit Schadensersatz gefordert werden». E escreve ainda: «Daß die einstweilige Verfügung deshalb “dem Rechtsgehalt nach” in jedem Fall hinter der Hauptsacheentscheidung zurückbleibt, hält Schlosser FamRZ 67, 704 mit

Também LEIPOLD relacionou a questão da antecipação da apreciação da causa principal («Vorwegnahme des Hauptsacheprüfung») com o carácter provisório das *decisões-de-urgência* proferidas nos processos de urgência. Assim, pensado no contexto da categoria da tutela provisória (com função cautelar) («einstweilige Rechtsschutz»), o problema da antecipação da análise da situação jurídica subjacente à causa principal tanto é colocado pelo autor no processo civil como no processo administrativo ou no processo constitucional, sendo que da resposta a esta questão fundamental depende (para o autor) o carácter provisório da decisão emitida no processo de urgência. Aliás, LEIPOLD encontrou diferentes respostas na *praxis* dos tribunais para o mesmo problema, tendo em conta as diferentes áreas de direito e as respectivas jurisdições (cível, administrativa e constitucional). À obrigatória análise antecipada da causa («Vorausprüfungspflicht») no domínio da jurisdição constitucional opõe-se o princípio da proibição do exame antecipado («Vorausprüfungsverbot») no processo civil. No processo administrativo, as duas posições são frequentes, sendo que o exame antecipado tem mais relevância no quadro do § 123 da VwGO do que no do § 80 da VwGO. Dando um passo em diante, LEIPOLD veio esclarecer a situação, dizendo que em todas as jurisdições se configura a realização do exame prévio. Contudo, distinguindo dois tipos de exame, procurou evidenciar duas formas fundamentais de decretar a tutela provisória, a saber: emitindo a decisão material acessória («materiell-akzessorische») e/ou a decisão aberta («offene Entscheidungsart»), sendo ambas tipos de decisões urgentes. A primeira decisão urgente, «die materiell-akzessorische Eilanordnung», é legitimada pelo conhecimento da situação material controvertida subjacente à causa principal. Pelo contrário, a segunda, «die offene Entscheidungsart», funda-se (ou assenta) na ponderação de interesses. Neste caso, em vez de aplicar o direito material à questão litigiosa pendente na causa principal, o julgador contrapõe ou balança as desvantagens que podem decorrer da emissão ou da recusa da decisão urgente para as partes envolvidas.

Recht der Formel Bauris entgegen, die Verfügungsmaßnahme müsse in der Regel ein minus und ein aliud im Verhältnis zum Ziel des Hauptsacheprozesses sein» (p. 125, vd. tb. nota 86). Sobre a posição da ciência alemã do direito processual, que com a expressão *minus* querem dizer que a tutela cautelar não pode comportar a total satisfação do interesse do requerente e que com *aliud* pretendem referir que não deve existir uma total identidade de efeitos antecipados, vd. F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 153, nota 71. O autor considera que a antecipação não tem forçosamente de ser limitada, uma vez que o carácter parcial da antecipação tem em conta um juízo de oportunidade do juiz e não depende de nenhuma norma, devendo ser aquele a decidir em que termos é necessário proceder à antecipação total dos efeitos ou em que termos deve evitar produzir a antecipação integral dos efeitos, de modo a não produzir uma situação de facto consumado. Sobre este assunto, vd. E. A. DINI/G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 47 ss., 350, nota 47.

No âmbito do processo civil, o autor reconheceu a possibilidade de existirem ambos os tipos de decisões urgentes, tanto as *decisões-urgentes-abertas* como as que pressupõem uma prévia análise da causa principal. E assim, considerou que a situação jurídica na causa principal deve ser julgada antecipadamente sempre que não haja dúvidas, nem do ponto de vista jurídico nem do ponto de vista de facto. Em todos os outros casos, a ponderação de interesses tem um peso decisivo e é ele que suporta a decisão. Neste sentido, realçando o carácter provisório da tutela, LEIPOLD, considerou que a tutela cautelar serve tanto para evitar antecipadamente prejuízos evidentes («Verhinderung eindeutigen Unrechts») como também serve para criar uma regulação intermédia de interesses («einer interessengerechten Zwischenregelung») (1289).

Mais recentemente, e na sequência de doutrina exposta, a ciência processual alemã tem vindo a considerar que o dogma que proíbe o juiz cautelar de se intrometer no mérito do processo principal não é verdadeiro, devendo ser renovado e reajustado à realidade. Assim, podendo o juiz cautelar decretar uma medida que incida sobre a questão litigiosa existente entre as partes, a ciência alemã do direito processual considera que a necessária provisoriedade apenas impede que o juiz, ao proferir a decisão cautelar, esgote o objecto da causa principal, o que poderia vir a acontecer se a sua decisão produzisse efeitos definitivos e irreversíveis, isto é, se a decisão criasse efeitos *de iure* e *de facto* não anuláveis *a posteriori* pelo juiz da causa principal (1290).

Em abono da verdade, a ciência processual alemã reconhece até que o carácter instrumental das *einstweilige Verfügungen* perante a efectividade da decisão a proferir no processo principal se esfumou, uma vez que a necessidade de obstar à situação de urgência tem vindo a revelar novas funcionalidades a tal tipo de tutela, principalmente quando esta é suscitada *ante causam*. Assim, a própria figura tem vindo a metamorfosear-se, dando origem a modalidades distintas de decisões urgentes, sendo que as medidas asseguradoras e reguladoras (*Sicherungsverfügung- Regelungs- und Ordnungsverfügungen*) ainda configuram aquela natureza quando possuem natureza estritamente provisória, uma vez que devem deixar em aberto a solução para a causa principal. Contudo, já a «*einstweilige Verfügung* para assegurar a paz jurídica», prevista no § 940 da ZPO, que alguma doutrina não vê razão para distinguir na

(1289) A este propósito, vd. D. LEIPOLD, *Grundlagen ...*, cit., pp. 80 a 94.

(1290) Para uma síntese da posição da doutrina do processo civil alemã e austríaca, vd. R. CAPONI, «La tutela cautelare nel processo civile tedesco», FI, 1998, pp. 33 ss.; W. J. HABSCHIED, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 33 ss.; W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 66 ss.; pp. 66 a 73; W. GRUNSKY, in: STEIN/JONAS, *Kommentar...*, cit., pp. 470 ss., esp. pp. 482 ss.; F. MATSCHER, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 87 ss.

prática da providência cautelar reguladora prevista no § 935 da ZPO ⁽¹²⁹¹⁾, tem ganho um maior grau de autonomia, uma vez que a jurisprudência tem procedido ao alargamento do campo das medidas provisórias através da figura da *Leistungsverfügung*, *maxime*, através da *Befriedigungsverfügung*, uma modalidade que, não obstante o carácter da provisoriedade, permite obter a realização do direito do requerente, acabando por antecipar total e definitivamente a causa principal ⁽¹²⁹²⁾. Se o juiz deste processo urgente condena o devedor a pagar antecipadamente uma quantia ou se impede a publicação num certo jornal diário de fotografias que ofendem o bom nome de certa pessoa ou se intima o demandado para restituir uma coisa ilegitimamente detida, em qualquer destes casos só pode concluir-se que a modalidade de tutela decretada pressupõe uma apreciação prévia da causa principal. Aliás, para quem dela beneficia, tal decisão pode mesmo traduzir uma realização definitiva do seu direito, quer porque poderá ter esgotado a questão, quer porque a acção principal pode nunca vir a ser proposta por o demandado ter renunciado à possibilidade prevista no § 926 *ex vi* § 936 da ZPO, quer, principalmente, porque a medida provisória pode ter criado uma «situação de facto consumado ou situação irreversível» ⁽¹²⁹³⁾.

Enfim, neste contexto, não há como negar que a tutela de urgência é realizada agora de modo distinto, até porque a realidade se alterou. E, consequentemente, porque a tutela de urgência acontece, agora, por outras formas, a sistematização e a autonomização de uma categoria de tutela de urgência está mais longe se partirmos da tradicional técnica da provisoriedade. De qualquer modo, a provisoriedade não é uma técnica obrigatória ao serviço da urgência, a não ser nos instrumentos que são contemplados pelo legislador com tal característica: o que é o caso das medidas provisórias previstas nos §§ 916 e 935 da ZPO.

3.2. Pelas considerações introdutórias percebe-se que, não obstante a provisoriedade ter tradição no panorama legislativo francês, actualmente a

⁽¹²⁹¹⁾ Neste sentido, H. THOMAS/H. PUTZO (*Zivilprozeßordnung...*, cit., p. 1422) referem, a propósito da providência cautelar reguladora, que «Die Abgrenzung zu § 940 ist unscharf und ohne praktische Bedeutung». Contudo, pode apontar-se a seguinte diferença: «An die Stelle eines Zahlungs- (§ 916) oder eines bestimmten Individualanspruchs (§ 935) und der Sicherung seiner Verwirklichung tritt hier [§ 940] ein streitiges Rechtsverhältnis und ein einstweilige Zwischenregelung».

⁽¹²⁹²⁾ Neste contexto, para uma síntese, vd. as considerações de W. J. HABSCHIED, «Les mesures provisoires...», cit., p. 47; W. GRUNSKY, in: STEIN/JONAS, *Kommentar...*, cit., p. 483; F. MATSCHER, «Les mesures provisoires...», cit., p. 97.

⁽¹²⁹³⁾ Neste sentido, vd. W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 28 ss., pp. 25 ss., esp. ns. ms. 31 e 32, pp. 27 a 29.

ciência do direito processual tem dificuldade em reconstruir unitariamente o conceito, dada a falta de homogeneidade que atinge as diversas decisões provisórias. Estas assumem diferentes papéis e realizam diversas funções. Aparentemente de simples definição, a expressão provisoriedade pode ser sinónimo de temporaneidade. Assim acontece quando invocamos o género de decisões através das quais se ordena o arresto de bens, a nomeação provisória de um administrador ou o pagamento de alimentos ou de uma provisão. Contudo, a noção de provisoriedade, porque corresponde a um fenómeno muito particular do direito moderno abarca vários domínios e encontra previsão legal dispersa no novo código de processo civil francês (NCPC), não existindo uma regulação geral e de conjunto para todas as decisões provisórias (3.2.1.). No sistema francês, a provisoriedade caracteriza as decisões que são proferidas por razões de urgência, em dois tipos de processos, um deles que respeita o princípio do contraditório e que traduz o modo normal de actuação, as *procédures des référés*, e o outro que é um processo unilateral, onde não é realizado o contraditório, a «*procédure des ordonnances sur requête*» (3.2.2.).

A provisoriedade tem, na realidade, um sentido qualitativo, às vezes «ambíguo», quando é associado pela ciência do direito processual à urgência. E dizemos ambíguo, porque se tem em conta a evolução do contencioso moderno francês e a metamorfose que este operou na própria funcionalidade do *référé*. A este propósito, os autores franceses invocam a expressão «*mesure provisoire au sens strict*», pressupondo duas coisas. Em primeiro lugar, ele traduz a impossibilidade de tal decisão decidir o mérito da questão litigiosa existente entre as partes — associando o conceito aos poderes do «*juge des référés*»), uma vez que este actua *sans faire préjudice au principal*, e uma vez que os seus poderes de jurisdição não permitem ir mais longe do que resolver provisoriamente tal questão litigiosa (1294). Em segundo lugar, esse conceito é relacionado com a natureza modificável da decisão («*nature revisable*»), dada a impossibilidade de ela adquirir estabilidade de caso julgado. De qualquer modo, o conceito de provisoriedade serve para distinguir os verdadeiros processos de *référé*, os *clássicos*, de outros *référés au fond*, ou processos sumários que não obstante o título de *procédure de référé* se encontram em ruptura (ou sentido «*antinomique*») com os primeiros (1295) (3.2.3.).

(1294) Sobre estes conceitos, vd. P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides...*, cit., pp. 21 a 26; C. SILVESTRI, «Il sistema francese dei ‘référé’...», cit., pp. 10 ss.

(1295) Por todos, vd. R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., p. 165; J. NORMAND, «Les mesures provisoires...», cit., p. 74; J. V. COMPERNOLLE, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 6 e 11.

3.2.1. É um facto que relação entre a urgência e a provisoriedade tem uma significativa tradição no sistema francês. Contudo, na actualidade, o fenómeno da provisoriedade ampliou-se e diversificou-se, de tal modo que é impossível caracterizar sistematicamente tal tipo de decisões provisórias. Na verdade, como disse PERROT, uma vez que os preceitos que as prevêm foram redigidos isoladamente, e visto que a redacção de algumas dessas normas foi motivada por circunstâncias temporárias especiais e a sua introdução no panorama legislativo foi feita sem uma perspectiva de conjunto, é normal que, na actualidade, o que caracteriza as decisões provisórias *lato sensu* é uma «total ausência de homogeneidade», não sendo, pois, legítimo que se fale autonomamente de tutela provisória como categoria. Neste sentido, o autor parece inclinar-se para caracterizar a provisoriedade como técnica ao serviço de diferentes funções ⁽¹²⁹⁶⁾.

E, neste contexto, não se duvida que a provisoriedade seja de modo especial associada pelos franceses ao «factor tempo» e em especial à urgência processual. Aliás, no domínio das decisões urgentes, este conceito não é definido pela ciência processual apenas como sinónimo de decisão que o juiz emite com duração limitada no tempo, por oposição a decisão definitiva que dita o direito e que adquire autoridade de caso julgado. Com efeito, o tempo pode ser o factor determinante da previsão da técnica de provisoriedade, podendo configurar-se de diferentes modos. Assim, a ciência processual explica que quando o juiz emite uma medida na qual inclui um termo de vigência, a duração está quantificada e determinada, sendo esta a decisão provisória por excelência; quando o juiz emite uma decisão «avant-dire droit», enquanto se aguarda a sentença definitiva, como por exemplo quando decreta uma provisão a favor de um menor, ainda aqui o conceito gira em torno daquilo que é tido como sendo o sentido clássico do termo. E quando o juiz decreta uma providência conservatória por razões de urgência, também decreta uma decisão provisória no sentido clássico do termo. Aliás, neste domínio, a provisoriedade surge qualitativamente determinada, tendo em conta a função asseguradora da decisão provisória.

Na verdade, no ordenamento jurídico francês, a urgência foi sendo fundamentalmente protegida através de processos que concretizam a «técnica da provisoriedade», por meio dos quais o presidente da jurisdição competente para decidir a causa principal garante uma protecção *ante causam*, ou seja, uma decisão previamente à interposição de uma acção judicial («avant tout litige»): *les ordonnances sur requête* (artigo 493 do NCPC), que são decisões provisórias de urgência unilaterais, isto é, decisões emitidas *inaudita altera parte*,

⁽¹²⁹⁶⁾ Neste sentido, R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., p. 151.

sem que o demandado seja citado, e *les ordonnances de référé* (artigos 484 a 492 do NCPC) ⁽¹²⁹⁷⁾, que traduzem um tipo de decisão judicial provisória, passível de imediata execução, de pleno direito, ainda que provisória (artigo 489 do NCPC), que não tem perante a causa principal qualquer autoridade de caso julgado (artigo 488 do NCPC) e que pode ser revogada ou modificada em caso de ocorrerem circunstâncias novas (artigo 488 do NCPC).

A provisoriedade pode manifestar-se também em decisões proferidas no decurso de uma acção principal ou no âmbito de uma acção já pendente, sendo que a decisão provisória-antecipatória pode surgir sob a forma de sentença ou sob a forma de *ordonnance*. Será emitida sentença, se a decisão for ditada pelo tribunal competente para conhecer o mérito, designando-se por «jugement avant-dire droit». E será emitida uma *ordonnance* quando a decisão for pronunciada pelo *juge de la mise en état*, que é o juiz singular que tem a seu cargo a condução da instrução probatória, ou pelo juiz das questões de família ou pelo juiz da urgência («juge de référé»). Como se percebe, não obstante a provisoriedade ser também própria de decisões proferidas pelo juiz e pelo *Conseiller de la mise en état*, junto do *Tribunal de Grande Instance* e junto da *Cour d'appel* (artigo 771, alíneas 3 e 4, do NCPC), e pelo juiz das causas em matéria de família (artigo 1074 do NCPC) e pelo Gabinete de Conciliação, junto do *Conseil de Prud'hommes* (artigo R. 516-18 do *Code du Travail*), a provisoriedade caracteriza fundamentalmente as decisões proferidas pelo *juge de référé*, sendo que todas as jurisdições têm no seu presidente um *juge de référé* ⁽¹²⁹⁸⁾.

Com efeito, o presidente do tribunal pode ser suscitado a intervir em *référé* ou por *voie de requête*, sendo a primeira o modo normal de actuação de urgência. A via unilateral (ou a da «procédure des ordonnances sur requête»), que concretiza uma técnica oposta à regra geral («la technique de l'inversion du contentieux»), é excepcional e é somente utilizável em caso de urgência e sempre que as circunstâncias exijam que a medida seja tomada sem realização do contraditório (artigo 812, alínea 2, do NCPC), sendo apenas concretizada a contraditoriedade depois tomada a medida, podendo o juiz alterar a sua decisão a pedido da parte que sofre os efeitos da decisão. No caso da *procédure de référé*, o requerente provoca o chamamento do demandado perante o juiz, podendo este, em caso de especial urgência — *id est*: caso

⁽¹²⁹⁷⁾ Nos termos do artigo 484 do NCPC, esta decisão de *référé* é definida como «une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires».

⁽¹²⁹⁸⁾ A este propósito, vd. J. NORMAND, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 73 ss.

em que a medida provisória visa «prevenir um dano iminente» ou a fazer cessar um acto de esbulho («à faire cesser un trouble manifestement illicite») —, proceder à audição do intimado, no próprio dia em que autorizou a sua intimação, podendo a audiência contraditória acontecer em tempo de férias e em dia não útil, na própria residência do magistrado, de portas abertas.

3.2.2. De qualquer modo, neste contexto da urgência, a técnica da provisoriedade pode ser entendida em dois sentidos. Um que apela ao carácter temporário e à duração limitada no tempo da decisão urgente — a decisão não tem qualquer efeito de caso julgado perante a causa principal e pode ser modificada ou revogada pelo juiz que a proferiu — e o outro que reconduz para o sentido qualitativo de provisoriedade e para o especial conteúdo da decisão provisória, visto que as decisões provisórias são aquelas que «ne portent pas préjudice au principal» (1299).

Enfim, num primeiro sentido, esta técnica desdobra-se, pois, no facto de a decisão ser provisória e, com isso, significar que a eficácia de tais medidas está sujeita a termo, uma vez que o juiz pode determinar o período de tempo de duração ou vigência da medida urgente decretada (como, aliás, passou a ser jurisprudência corrente, desde 1992) — sendo que, neste caso, a expressão provisória corresponde verdadeiramente a «temporária» — ou pode significar, igualmente, que lhe falta a capacidade para transitar em julgado e vir a adquirir a autoridade de caso julgado. Até porque pode ser revista, a decisão provisória está sujeita a revisão por alteração das circunstâncias. Num segundo sentido, a provisoriedade traduz a consequência da *máxima* que proíbe o juiz do *référé provisoire* de se intrometer na causa principal e de a pré-julgar («préjuger») (1300).

(1299) A este propósito, P. ESTOUP (*La pratique des procédures rapides...*, cit., p. 21) diz o seguinte: «Le caractère provisoire, de tout temps, a été l'une des caractéristiques fondamentales du référé. Il découle aujourd'hui expressément des termes de l'article 484 (...) qui définit l'ordonnance de référé comme "une décision provisoire" rendue par une juge "qui n'est pas saisi du principal. La formule a remplacé celle de l'ancien article 809 du Code de procédure civile qui interdisait au juge des référés de "préjudicier au principal". Neste sentido, escreve o autor que «le juge des référés doit s'interdire toutes mesures qui le conduiraient à dire le droit ou à trancher le fond, sous réserve des nuances qu'impose le référé-provision ou le référé-injonction». Por seu lado, J. VINCENT/S. GUINCHARD (*Procédure civile...*, cit., pp. 613 ss.) destacam o carácter provisório, o carácter executório de pleno direito e a ausência de caso julgado como as características da *ordonnance de référé*. Vd. também J. BEAUCHARD («La détermination des règles de compétence...», cit., p. 185) e A. LACABARATS, «Le référé...», cit., p. 608.

(1300) A este propósito, R. MARTIN («Le référé, théâtre d'apparence...», cit., p. 160) escreve o seguinte: «Le référé, tel que décrit dans l'ancien code de procédure, s'articulait sur deux principes: l'urgence et le provisoire. L'urgence justifie qu'un juge puisse s'en tenir aux appa-

Vejamos com mais detalhe estes dois perfis da provisoriedade. Assim, a ciência francesa do direito processual faz questão de reforçar que a decisão provisória de urgência se opõe à decisão que transita em julgado ⁽¹³⁰¹⁾. Neste sentido, dizemos que a *ordonnance de référé* é provisória porque não tem qualquer autoridade perante a causa principal, de tal modo que as medidas tomadas em *référé* não vinculam o juiz principal — «*elle n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée*» (artigo 488, alínea 1, do NCPC) ⁽¹³⁰²⁾. E igualmente não tem força de caso julgado por ser temporária e estar predestinada a extinguir-se por terminar o prazo de vigência determinado pelo juiz ou por estar sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, pelo que, nestes casos, pode ser modificada ou revogada se, no entretanto, se alterarem as circunstâncias de facto, inicialmente, existentes que sustentaram a emissão ou o indeferimento da providência (tal como dispõe o artigo 488, alínea 2, do NCPC).

Por outro lado, a ciência francesa do direito processual considera que a decisão provisória em sentido restrito, ou decisão urgente provisória que visa proteger um direito que «aparentemente não é duvidoso» ⁽¹³⁰³⁾, não tem força de caso julgado perante a causa principal porque o juiz da urgência actua «sans dire le droit» ⁽¹³⁰⁴⁾, isto é, sem que defina o direito para a questão litigiosa existente entre as partes ⁽¹³⁰⁵⁾. Com efeito, no ordenamento jurídico francês, a *procédure de référé* constitui o processo paradigma de urgência, que tradicionalmente foi compreendido como processo próprio para, *ante causam* ou no decurso de uma acção pendente, desembocar numa medida preparatória (a nomeação de um administrador), ou numa medida conservatória (o arresto dos bens do devedor), isto é, medidas simplesmente asseguradoras relativamente ao objecto de uma acção principal a accionar, sendo que a finalidade asseguradora não implica — ou não deveria poder implicar — o pré-julgamento da

rences pour prendre certaines mesures (...) sans dire le droit. Il faut parer au plus pressé. Le caractère provisoire de l'ordonnance est attaché au fait qu'il n'a pas été jugé. La voie de jugement reste donc ouverte. Le référé ne peut préjudicier au principal». E o autor conclui: «Ces deux formules (provisoire et le préjudice au principal) n'ont qu'un sens: elles signifient que les ordonnances de référé laissent nécessairement intacte l'appréciation du fond du droit qui n'appartient qu'à la juridiction ordinaire, et que le président doit se déclarer incompétent et dire n'y avoir lieu à référé toutes les fois que la difficulté soulevée devant lui est de telle nature qu'il ne pourrait le résoudre sans statuer en même temps sur le fond».

⁽¹³⁰¹⁾ J. V. COMPERNOLLE, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 5 e 6.

⁽¹³⁰²⁾ Com efeito, o artigo 448 do NCPC prescreve que «*l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles*».

⁽¹³⁰³⁾ R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 151, 152 e 153.

⁽¹³⁰⁴⁾ G. DOMEZ/C. PANIER, «L'autonomie du référé...», cit., p. 52.

⁽¹³⁰⁵⁾ G. DOMEZ/C. PANIER, «L'autonomie du référé...», cit., p. 52.

questão litigiosa. Pelo contrário, aquela função clássica de prevenção impediria o juiz de examinar o direito material a aplicar à questão litigiosa, interditando-o de julgar o mérito dessa causa (ou de «statuer sur le fond du litige») (1306).

Neste contexto, sabido que o juiz do *référé* só está autorizado a emitir uma medida provisória, a provisoriedade significou durante muito tempo que o juiz só poderia decretar medidas sem carácter de ingerência na relação litigiosa pendente, isto é, só poderia emitir as medidas asseguradoras ou conservatórias porque estas não obrigariam a «declarar o direito para o objecto da questão submetida ao *juge au fond*». O domínio do direito da família, *maxime*, o campo das questões que envolvem o divórcio, o do direito das sociedades e o direito do trabalho são os espaços mais férteis para tal tipo de medidas. Enfim, em síntese, no sentido clássico, a provisoriedade pressupõe medidas «qui ne préjugent pas le fond», que são essencialmente temporárias e que são passíveis de revisão (modificação ou revogação) pelo juiz que as ordena ou pelo juiz que aprecia a questão de fundo do litígio.

De resto, é precisamente no contexto do contencioso moderno que a ciência do direito processual francês se vê obrigada a rever a sua posição sobre a técnica da provisoriedade, devendo passar a entender-se que o juiz do *référé* pode pré-julgar provisoriamente a questão litigiosa. E, não obstante ter-se dado início a mais um enigma, aquela posição deveria ultrapassar-se (1307), uma vez que novas figuras de urgência e uma nova leitura dos seus pressupostos assim o exigiriam. E neste sentido, vai-se aceitando que, por exemplo, em caso de despedimento manifestamente ilegal de um trabalhador, o juiz da

(1306) A. LACABARATS («Le référé...», cit., p. 608) chama, no entanto, à atenção para a possibilidade de a decisão de *référé* ter uma certa autoridade de caso julgado: quer porque esta só pode ser alterada ou revogada por nova decisão de *référé* por ter ocorrido uma alteração das circunstâncias; quer porque esta decisão tem capacidade para afectar definitivamente a posição jurídica das partes, sendo que, não sendo accionada a acção principal, a decisão provisória adquire uma certa eficácia definitiva.

(1307) A este propósito, R. MARTIN («Le référé, théâtre d'apparence...», cit.), escreve o seguinte: «L'ancien référé s'articulait autour de deux notions: l'urgence et le préjudice au principal. L'urgence était le fondement premier, c'est elle qui justifiait la mesure provisoire, avant que le droit ne soit dit. Le préjudice au principal jouait comme une limite supplémentaire: la mesure urgente ne devait pas compromettre le jugement à venir et, pour ce faire, il ne fallait pas qu'elle amène le juge à trancher une difficulté sérieuse. L'urgence a disparu comme fondement du nouveau référé. Le coup de chapeau qui lui est donné par l'article 808 du nouveau code est purement formel. Le nouveau et unique fondement est l'opportunité justifiée par l'apparence. La mesure doit reposer sur la violation ou l'existence d'un *droit* apparent. Nous avons constaté que cette notion d'apparence n'était que la reprise de l'ancienne "difficulté sérieuse". Mais séparée de l'urgence, dont elle n'était qu'une correction, son fonctionnement est foncièrement différent. Elle tend à installer l'apparence comme autorisation d'anticiper sur le jugement».

urgência possa ordenar a sua reintegração a título provisório, isto é, ainda em momento prévio à apreciação da questão da ilegalidade do despedimento pelo juiz principal e antes de este se pronunciar quanto ao mérito da causa. E, por exemplo, em caso de ameaça de dano iminente, decorrente para uma celebridade da publicação de uma notícia num jornal, que contém um atentado ao seu bom nome, é possível recorrer ao *juge de référé* e ele pode ordenar as medidas urgentes adequadas nos termos do artigo 809, alínea 1, do NCPC, sendo que tais medidas realizam a antecipação daquilo que o tribunal da causa pode vir a decidir. Ora, neste género de contencioso, a provisoriedade é entendida de modo diferente e significa que o *juge du référé* pode (deve) proceder ao pré-julgamento da questão subjacente à causa principal. Contudo, o princípio impõe que tal pré-julgamento obedeça a certos limites⁽¹³⁰⁸⁾. Assim, essa autorização de o juiz da urgência julgar a causa antecipadamente só o autoriza a estatuir a título provisório, isto é, só lhe permite tocar na questão de fundo se, ainda assim, se abster de definitivamente decidir a questão litigiosa (fechando-a e concluindo-a, assim se entendendo se criar uma situação de facto e de direito de impossível reversão). Ora, decidir provisoriamente significa evitar «prender, vincular ou comprometer o sentido da decisão de mérito». Assim, decidir provisoriamente implica não anular ou não declarar nulo um acto ou um contrato, não condenar um jornalista a pagar uma indemnização por danos decorrentes para o demandante de uma notícia falsa por ele divulgada e significa também não anular o despedimento de um trabalhador por o considerar ilegal. Assim, uma medida só é provisória de direito se for para o futuro objectivamente reversível e anulável pelo juiz de mérito, e, conseqüentemente, se não extinguir o sentido da decisão e a utilidade do julgamento de fundo⁽¹³⁰⁹⁾.

3.2.3. Como se percebe, o contencioso moderno e pós-moderno despoletou a emissão de decisões provisórias contrárias aos princípios que acabámos de enunciar. Na actualidade, a técnica da provisoriedade tem vindo a sofrer

⁽¹³⁰⁸⁾ A este propósito, R. MARTIN («Le référé, théâtre d'apparence...», cit., p. 160) escreve o seguinte: «Puisqu'il est vraisemblable qu'on jugera ainsi, faisons comme si c'était déjà jugé, et tirons-en des conséquences théoriquement provisoires, pratiquement définitives. C'est la consécration de fait du préjudice au principal, dont la difficulté sérieuse tendait justement à garder l'ancienne pratique».

⁽¹³⁰⁹⁾ Neste sentido, vd. L. DU CASTILLON, «Les pouvoirs, au provisoire, du juge des référés: déraison de la mesure ou mesure de la raison?», in: *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé...*, cit., p. 43; G. DEMEZ/C. PANIER, «L'autonomie du référé...», cit., pp. 49 e 50. A este propósito, vd. C. SILVESTRI, «Il sistema francese dei "référé"», FI (Parte V), 1998, pp. 10 ss., esp. p. 15, nota 27.

influências que alteraram a sua funcionalidade e sobretudo têm sido introduzidas alterações no ordenamento jurídico que a contrariam. Assim, por um lado, se antes a natureza dos litígios poderia aguardar ou satisfazer-se com uma medida conservatória, na actualidade, um breve atraso na prolação de uma decisão judicial pode revelar-se insuportável e gravemente danosa. E, existindo um significativo congestionamento dos tribunais, «a duração do processo faz toda a diferença», como escreve PERROT, e por isso surge «o recurso às decisões provisórias como uma necessidade» ou como forma de ganhar tempo («gagner du temps») e corrigir o *deficit* do contencioso⁽¹³¹⁰⁾. A mudança da funcionalidade da decisão provisória, e mesmo da sua filosofia, tem, pois, vindo a acontecer porque a *procédure de référé* tem vindo a transformar-se em processo «bonne à tout faire»⁽¹³¹¹⁾ ou em «auberge espagnole»⁽¹³¹²⁾ e, por isso, em certos casos, vem substituindo o processo principal, já que a decisão de *référé* deixou de corresponder à medida conservatória ou de salvaguarda e passou a proporcionar a antecipação da decisão definitiva, adquirido uma eficácia definitiva e dispensando as partes de accionarem o processo principal.

Por outro lado, o legislador, tendo vindo multiplicar os processos especiais de *référé*, tem claramente optado por não consagrar as técnicas da acesoriedade-instrumentalidade e da provisoriedade nas novas *procédures des référés spéciaux*, criando figuras de «*référés au fond*»⁽¹³¹³⁾. Neste cenário, atendendo ao papel que o *référé* francês adquiriu, enquanto «instrumento de moralização da justiça»⁽¹³¹⁴⁾ e enquanto instrumento de descongestionamento dos tribunais, só podemos concluir que a urgência tanto pode ser tutelada por processos destinados a desembocar em «*mesures provisoires au sens strict*», que

(1310) Neste sentido, R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 152 e 153.

(1311) Expressão de R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., p. 179.

(1312) Neste sentido, P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides...*, cit., p. 4.

(1313) A este propósito, P. ESTOUP (*La pratique des procédures rapides...*, cit., pp. 123 ss., esp. p. 145) vê com alguma dificuldade que se possa designar um conjunto de figuras que o legislador foi criando no domínio do direito da família, no domínio dos direitos reais (servidões), em matéria de expropriação, em matéria de seguros, etc, como «*référés au fond*», uma vez que esta expressão combina «dois conceitos opostos» («*deux concepts antinomiques*»): «les instances poursuivies en la forme de référé, mais tendant en réalité à obtenir une décision «au principal» et en tout cas une décision autre que provisoire. Com efeito, refere o autor que «*prévues par divers textes législatifs ou réglementaires qui énoncent que certains litiges seront “jugés en forme des référés”, ou en “la forme prévue par les référés”, voire “comme en matière de référé”, termes pouvant être tenus pour équivalents, les diverses procédures qui appartiennent à cette catégorie ont en commun, en principe, de n’emprunter au référé que les formes procédurales, tandis que les principes généraux qui caractérisent les référés ne leur sont pas applicables, tels le caractère provisoires de l’ordonnance, l’absence d’autorité de chose jugée, les conditions d’urgence et d’absence de contestation sérieuse.*».

(1314) J. NORMAND, «Les mesures provisoires...», cit., p. 87.

integram a técnica da provisoriedade e, por isso, correspondem às providências cautelares previstas nos sistemas português, espanhol e italiano, como pode ser tutelada por via de outros processos sumários no âmbito dos quais a técnica da provisoriedade não é concretizada⁽¹³¹⁵⁾. Por outras palavras, a provisoriedade é uma, apenas uma, das técnicas de que o legislador francês se tem vindo a servir para proteger as situações de urgência, não sendo, contudo, uma técnica absolutamente obrigatória ao serviço da urgência. Esta técnica só é obrigatória nos processos de *référés classiques* e mesmo nestes a prática revela que o respeito pela provisoriedade tem caído em desuso⁽¹³¹⁶⁾.

§ 2. A ANTECIPAÇÃO E A URGÊNCIA: UM LIGAMENTO LÓGICO

Razão de ordem: 0. Introdução. **1.** A antecipação. **2.** As diversas leituras da antecipação de natureza cautelar. **3.** A generalização da antecipação *tout court*?

0. Introdução

Não obstante nem sempre ser essa a regra, normalmente a tutela de urgência pressupõe a existência de instrumentos que proporcionem uma tutela *antes do tempo processual devido ou antes do tempo legalmente determinado*. Na verdade, perante certas situações, em que o dano é iminente, por exemplo, ou perante situações que não podem aguardar pela composição judicial definitiva e acabada, a antecipação *lato sensu* de uma decisão judicial aparece (quase) naturalmente justificada: o que não pode esperar tem direito a um tratamento prioritário. E, neste caso, proteger com prioridade significa dar tratamento antecipado, em termos que uma das partes possa obter uma decisão judicial (normalmente provisória) antes do momento vulgarmente previsto no rito ordinário, permitindo-lhe, assim, em alguns casos, ganhar algum tempo e permitindo-lhe, noutros, obter a satisfação total do seu interesse. Claro está

⁽¹³¹⁵⁾ R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., p. 165.

⁽¹³¹⁶⁾ A este propósito, P. ESTOUP (*La pratique des procédures rapides...*, cit., pp. 123 ss., esp. p. 145) refere que «l'institution du référé-provision s'inscrit en vérité dans le cadre du phénomène qui tend à faire du juge des référés, sinon une véritable juridiction du fond, en tout cas un juge dont le comportement se calque sur celui du juge du fond et dont la décision constitue une préjugé dont il sera difficile de faire ultérieurement abstraction. C'est d'autant plus vrai que les conditions d'exercice de ce type de référé sont peu contraignantes, et que la jurisprudence marque une tendance très nette à en élargir le domaine d'application, en y cherchant le moyen d'éviter des débats ultérieurs devant le juge du fond, et en opérant ainsi un véritable transfert de compétence au profit du juge des référés».

que quem estuda a tutela jurisdicional que concretiza a «técnica da antecipação»⁽¹³¹⁷⁾ — ou «técnica da antecipação em sentido técnico-jurídico» — esclarece que as palavras que até ao momento invocámos não passam de expressões de senso comum, pelo que tal técnica pressupõe a elaboração de critérios rigorosos e deve ser entendida em sentido restrito. Contudo, ainda assim, quer uma, a afirmada, em primeiro lugar, em sentido empírico, quer a segunda, são normalmente associadas à concretização efectiva da tutela judicial e são mais recentemente associadas à concretização do direito ao processo temporalmente justo. De resto, de um modo ou de outro, a antecipação surge relacionada com a efectividade da tutela judicial e com a duração do processo, estando conectada com a situação de urgência, ainda que nem sempre com a situação de urgência correspondente ao *periculum in mora*⁽¹³¹⁸⁾ (1).

Na verdade, a antecipação que surge amiúde associada à urgência surge no contexto dos processos acessórios que atendem ao *periculum in mora* e a processos que concretizam a acessoriedade-instrumentalidade e a provisoriedade qualitativa, correspondendo a uma antecipação qualificada, *id est*, antecipação funcional e estruturalmente condicionada. Assim acontece no contexto da tutela jurisdicional denominada nos sistemas latinos de tutela cautelar. Por exemplo, ela é justificada pela ciência italiana do direito processual como forma de combater o *periculum in mora de retardamento*, e, por isso, enquanto técnica ao serviço do princípio da tutela jurisdicional efectiva, a antecipação

⁽¹³¹⁷⁾ Empregamos, pois, a mesma expressão já utilizada por outros autores, designadamente, por C. MANDRIOLI, «Per una nozione...», cit., pp. 551 ss.; esp. pp. 554 e 555 (onde o autor, afastando o critério funcional de classificação processual, realça o perfil estrutural fazendo realçar a técnica antecipatória: «Se la funzione o la natura anticipatrice vanno cercate non sulla base di libere considerazioni funzionali, ma in quanto tradotte in norme, esse non possono andare disgiunte da elementi strutturali, ossia dal dato strutturale che, con norme, si sia realizzata una anticipazione, ossia che il legislatore si sia servito della tecnica dell'anticipazione»). No mesmo sentido, destacando no seio da tutela cautelar o conceito de antecipação funcional, vd. L. MONTESANO, «Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano», RDPProc., 1995, pp. 217 ss.; C. MANDRIOLI, «Le nuove ordinanze "di pagamento" e "ingiunzionale" nel processo ordinario di cognizione», RDPProc. (3), 1991, pp. 644 ss.; T. NAVARRA, «La tutela interinale: artigo 186 bis e ter c.p.c. Prospettive "de iure condendo"», Giurispr. Ital., 1993, pp. 73 ss.; S. CHIARLONI, «Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna as istruzione esaurita ex artigo 186-quarter c.p.c.», TRDPC, 1996, pp. 513 ss.; E. FAZZALARI, «Intervento...», cit., pp. 279 a 282; G. BASILICO, «Indagine sulla nozione...», cit., pp. 1 ss., esp. p. 6; F. TOMMASEO, *I provvedimenti anticipatori...*, cit., pp. 144 ss., esp. pp. 209 ss.

⁽¹³¹⁸⁾ Sobre este este assunto, vd. fundamentalmente, C. MANDRIOLI, «Funzione anticipatrice e natura cautelare nei provvedimenti presidenziali e nei provvedimenti d'urgenza», Giurispr. Ital., 1953, pp. 113 ss.; L. MONTESANO, «Problemi attuali...», cit., pp. 217 ss.; T. NAVARRA, «La tutela interinale...», cit., pp. 73 e 74; S. CHIARLONI, «Valori e tecniche dell'ordinanza...», cit., pp. 513; G. BASILICO, «Indagine sulla nozione...», cit., pp. 1 ss., esp. pp. 5 e 28 ss.

surge envolvida em apertados limites durante o período clássico, tendo sido abundantemente estudada pela generalidade da ciência do direito processual italiana, no domínio da tutela cautelar ⁽¹³¹⁹⁾. Também nos sistemas francês e alemão é possível destacar a associação entre o conceito de antecipação e as decisões provisórias em sentido restrito ou tipo de decisões que visam tratar as situações de urgência correspondentes *ao periculum in mora*. Assim, correspondendo às decisões proferidas nos processos cautelares de matriz latina, estas *decisões-provisórias-antecipatórias-de-urgência* servem para assegurar a efectividade da sentença a proferir num processo principal. E, assim, nestes países, o conceito de antecipação é também tratado pela ciência do processo civil respectiva como antecipação funcional e estruturalmente condicionada. A antecipação cautelar obedece, portanto, a limites bem precisos. No ordenamento jurídico francês a antecipação que as *procédures des référés* permitem alcançar justifica-se por causa da urgência e é sempre provisória. E o mesmo acontece no sistema alemão, a propósito da antecipação proporcionada pelas *einstweilige Verfügungen*, visto que através destas se procura apenas realizar uma composição interina ou intermédia dos interesses, sendo que a decisão antecipada para a situação controvertida se justifica por esta estar envolvida em urgência. Não se ignora, contudo, que também neste contexto, a ciência do direito processual tem sido obrigada a reconhecer que o recurso excessivo às *decisões-provisórias-antecipatórias* tem desvirtuado a técnica da antecipação, autonomizando-a, uma vez que aquela deveria ser sempre provisória, porque realizadora de um fim específico, que seria assegurar a efectividade de uma sentença a proferir num outro processo, sendo que isso já raramente acontece na actualidade ⁽¹³²⁰⁾ (2.).

Contudo, se o conceito de antecipação que estudámos ainda há pouco era fundamentalmente enquadrado no contexto clássico, desde há algum tempo que este conceito foi sendo apagado na prática. Com efeito, o tipo de características de que padece o contencioso moderno dificilmente se compadece com tal conceito, tendo-se metamorfoseado. Contudo, para além, da desfi-

⁽¹³¹⁹⁾ Sobre este assunto, vd., fundamentalmente, C. MANDRIOLI, «Funzione anticipatrice...», cit., pp. 113 ss.; S. SATTA, «Limiti di applicazione del provvedimento di urgenza», FI, 1953, pp. 182 ss.; E. FAZZALARI, «Artigo 700 e “ingegneria processuale”», *Giustizia Civile*, 1984, p. 980.; L. MONTESANO, «Problemi attuali...», cit., pp. 217 ss.; G. TARZIA, «Rimedi processuali contro i provvedimenti d’urgenza», *RDProc.*, 1986, pp. 36 ss., esp. pp. 36 e 37.

⁽¹³²⁰⁾ A propósito do uso da *einstweilige Verfügung* com o objectivo antecipatório e confirmando a aplicação distorcida deste processo cautelar, vd. K. BLOMEYER, «Arrest und einstweilige Verfügung...», cit., pp. 52 ss., esp. p. 55; F. BAUR, *Studien...*, cit., esp. pp. 4 ss.; F. BAUR, «Arrest und einstweilige Verfügung...», cit., pp. 607 ss., esp. p. 615; D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 4 ss.; W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., esp. pp. 18 e 19, 25 a 39.

guração que resulta da *praxis dos tribunais*, a ciência do direito processual tem estado também atenta a recentes alterações introduzidas na lei. Ao permitirem que no âmbito do processo cautelar, o juiz profira a antecipação da decisão de fundo, as alterações recentes introduzidas no panorama processual italiano e português demonstram que a tutela urgente pode dispensar a técnica da antecipação cautelar. Mas mais, a consagração da antecipação em processos especiais traduz também um fenómeno típico do contencioso moderno. Ora, contadas feitas, para além da metamorfose em curso, decorrente do crescente uso e abuso do recurso à tutela antecipatória no contexto do processo cautelar, há ainda que contar com a multiplicação de processos especiais antecipatórios e com processos recentemente criados que podemos apelidar de falsos processos cautelares, já que neles a antecipação da decisão de mérito é legalmente permitida. Enfim, todas estas razões são suficientes para perceber a razão pela qual a ciência processual tem demonstrado dificuldades no momento da classificação dos processos que concretizam a técnica da antecipação. Afinal, na ausência de critérios uniformes, é difícil agrupar numa mesma estirpe processos que concretizem a técnica por diferente razão. Assim, alguns seguem a lógica de concretização do direito à tutela jurisdiccional efectiva e o direito à emissão de sentença em prazo razoável, servindo a urgência, outros concretizam a técnica da antecipação por razões de celeridade na obtenção da tutela jurisdiccional e a satisfação imediata de pretensões, em ordem ao cumprimento do princípio da economia processual. Neste perfil, realizando outro objectivo, a técnica da antecipação pode constituir sem dúvida uma forma de tutela jurisdiccional mais rápida, abreviada e a um menor custo, deixando de atender à urgência na modalidade do *periculum in mora* ⁽¹³²¹⁾ (3.).

1. A antecipação

Se empiricamente se percebe que o contencioso moderno traz consigo a difusão da tutela antecipatória, também é verdade que a ciência italiana do processo não parece afirmar que exista uma categoria autónoma de tutela antecipatória, tendo considerado que alguns dos processos especiais antecipatórios não passam, na realidade, de «falsos amigos» (CARPI) ⁽¹³²²⁾. Aliás, a

⁽¹³²¹⁾ M. P. CALDERÓN CUADRADO (*Las medidas...*, cit., pp. 74) refere a este propósito o seguinte: «no debemos olvidar que la anticipación no deja de ser una manifestación más, que no la única ni la más importante del contenido posible de la tutela cautelar, y en éste sentido no puede producirse equiparación alguna entre ambas instituciones. Ni la tutela cautelar es siempre anticipativa ni la anticipación en todo caso se consigue acudiendo a las medidas cautelares».

⁽¹³²²⁾ Assim, F. CARPI, «Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti», RTDPC, 1977, pp. 615 ss., esp. p. 634.

ciência processual italiana tem-se dividido quanto à classificação a dar a certas figuras processuais que, não obstante estarem relacionadas com a urgência, com a necessidade de tutela célere e especialmente com a figura dos processos sumários e a cognição sumária, sempre se configuraram como figuras heterogêneas: designadamente, os «*accertamenti con prevalente funzione esecutiva*», já previstos no código de processo civil de 1865, as decisões interinas referentes ao direito da família, as decisões de interdição e inabilitação, a figura das decisões antecipatórias de condenação («*ordinanze anticipatorie*», prevista no artigo 423, que o legislador veio acrescentar em 1973) e as decisões antecipatórias de condenação («*ordinanze di condanna*»), previstas mais recentemente nos artigos 186-*bis*, 186-*ter* e 187-*quarter* do c.pc. italiano. Com efeito, não obstante o estudo desenvolvido por A. CARRATTA, no sentido de identificar um critério técnico-jurídico de antecipação que permitisse agrupar os múltiplos e diversos processos especiais previstos no panorama jurídico italiano, a ciência italiana do direito processual parece continuar a negar a autonomia a tal categoria, preferindo, em suma, continuar a invocar a existência de várias formas de antecipação, de distintas figuras antecipatórias e de diversas razões para concretizar tal técnica.

Na verdade, até à publicação do estudo desenvolvido por A. CARRATTA — um estudo que se justificava uma vez que, para o autor, tais processos cumprem funções comuns e suscitam o mesmo tipo de questões —, a ciência italiana do direito processual negava a existência autónoma de categoria da tutela jurisdicional antecipatória. Há muito tempo atrás, no contexto do c.p.c. de 1865, CHIOVENDA tratou sistematicamente os «*accertamenti con prevalente funzione esecutiva*» e caracterizou-os como tipo de decisões provisórias passíveis de imediata execução sem prévio *accertamento* do direito, revelando-se necessária a existência, neste caso, de um tipo de cognição suficiente para o efeito: «incompleta, porque não definitiva», «sumária, porque parcial (...) ou superficial». Assim, desembocando na emissão de um título executivo, tal tipo de processos teria como função «proporcionar uma antecipação da execução forçada, quando o juiz [pudesse entender como] preenchidos os pressupostos legais, designadamente os pressupostos relativos à posição do autor e os relativos à fundada existência do seu direito («*posizione dell'attore ed alla supposta fondatezza del suo diritto*»).

Ainda antes de A. CARRATTA propor um conceito restrito de antecipação ou um conceito técnico-jurídico, MANDRIOLI afirmou a possibilidade de delimitação «da técnica da antecipação», tendo alertado para a existência de um grupo alargado de tutela a par da «tutela contenciosa sumária», que incluía os «*provvedimenti decisorii sommari*» e as decisões cautelares ⁽¹³²³⁾. E esse

⁽¹³²³⁾ Sobre esta questão, vd. C. MANDRIOLI, «Per una nozione...», cit., pp. 551 ss.

grupo (ou tipo novo de tutela) corresponderia às decisões antecipatórias interinas, que eram definidas pelo autor como «provvedimenti anticipatori o interinali». Para o autor, «a função antecipatória, umas vezes idêntica à cautelar, outras vezes parecida, [assumiria] por vezes, contudo, uma completa autonomia». Assim, este tipo de decisão antecipatória «em sentido lato, [seria] aquela que é pronunciada antes de uma outra decisão, e, em sentido restrito, [corresponderia] à decisão que é proferida antes da sentença definitiva», «dentro dos limites objectivos determinados para esta», sendo que teria subjacente uma «cognição sumária ou cognição reduzida aos seus aspectos mais rudimentares, podendo o juízo ser substituído por avaliação discricionária»⁽¹³²⁴⁾. Duas ideias resultam do estudo de MANDRIOLI: a decisão antecipatória teria o mesmo objectivo que a decisão de mérito e teria igualmente o mesmo objecto⁽¹³²⁵⁾.

Outros autores lhe seguiram, tendo, no entanto, resultado dos estudos desenvolvidos uma noção mais restrita da figura, sendo agora os «provvedimenti c.d. interinali» definidos como «decisões taxativamente previstas na lei que apresentam um carácter de urgência e que cumprem uma função próxima à da cautelar, sendo, ainda assim, difícil autonomizá-la»⁽¹³²⁶⁾. De qualquer modo, a antecipação cautelar, isto é aquela que se opõe às demais modalidades de antecipação interina não cautelar, essa sim é destacada pela doutrina. Neste sentido, CARPI fala em «tutela d'urgenza satisfattiva interinale» e considera que as decisões antecipatórias não cautelares permitem uma antecipação de uma decisão judicial, destinada não tanto a assegurar o êxito do juízo, mas a proporcionar uma satisfação provisória do direito, sendo que o conteúdo antecipatório coincide na totalidade ou parcialmente com a decisão final, distinguindo-se a decisão antecipatória da decisão antecipada (ou decisão de mérito), apenas, quanto ao momento em que são proferidas as duas decisões, já que aquela cria uma situação intermédia. Alerta, porém, para o tipo de relação que existe, nestes casos, entre as duas decisões: esta é uma «relação endógena», ao contrário daquela que liga a decisão cautelar antecipatória à decisão de mérito, já que esta relação é «exógena» porque pressupõe, designadamente, a existência de dois processos diferentes⁽¹³²⁷⁾.

(1324) C. MANDRIOLI («Per una nozione...», cit., p. 556) considera que a técnica antecipatória se pode caracterizar «dal far venire (e cioè far pronunciare) un provvedimento prima di un altro provvedimento» ou, por outras palavras, «dal far arrivare prima l'uno alla stessa meta dell'altro». Assim, a decisão antecipatória é pronunciada «prima della sentenza di primo grado sul medesimo suo oggetto e per conseguire il suo stesso scopo».

(1325) Sobre este assunto, vd. C. MANDRIOLI, «Per una nozione...», cit., pp. 555, 556, 557 e 558.

(1326) Sobre esta questão, vd. F. CARPI, «La tutela d'urgenza...», cit., pp. 680 ss., esp. pp. 700 a 706; P. FRISINA, «La tutela anticipatoria...», cit., pp. 365 e 370 a 373.

(1327) Expressão de F. CARPI, «La tutela d'urgenza...», cit., p. 706.

Não negando a posição maioritária da doutrina que o antecede que versa sobre a antecipação cautelar, CARRATTA procurou ir, no entanto, bem mais longe na caracterização da tutela antecipatória, tendo procurado justificar a necessidade do agrupamento de processos que positivam a mesma técnica e que, não obstante serem substancialmente idênticos, suscitam o mesmo género de problemáticas. E, desse modo, considerou possível identificar uma categoria de tutela antecipatória que não só se distingue pela finalidade que cumpre como pelo conteúdo e efeitos que a caracterizam. Assim, o autor, partindo da elaboração de um conceito técnico-jurídico de antecipação, aponta para a existência de decisões propriamente antecipatórias («provvedimenti anticipatori *tout court*»), por contraste com as decisões decisórias sumárias («provvedimenti decisori sommari») e as decisões antecipatórias cautelares e as proferidas no âmbito dos processos de jurisdição voluntária (1328). E, segundo o autor, o conceito técnico-processual de antecipação pressupõe uma antecipação cronológica de actos no âmbito de um próprio (e mesmo) processo, existindo identificação de pressupostos a apreciar nas duas fases, em termos que o *thema decidendum* é o mesmo no momento da emissão da decisão antecipatória e no momento da emissão da decisão de mérito, variando, apenas, o tipo de cognição a realizar e, por via disso, o tipo de efeitos que cada uma das decisões é susceptível de produzir.

Assim, tendo por pano de fundo o ordenamento jurídico italiano de finais do século XX, que aliás, integra um conjunto heterogéneo de processos especiais, no âmbito dos quais o autor considera que o legislador positivou a técnica da antecipação *tout court* (1329), CARRATTA ousou definir o seu perfil sis-

(1328) Com efeito, A. CARRATTA (*Profili sistematici...*, cit., pp. 364 ss.) exclui do conceito técnico de antecipação os «provvedimenti sommari c.d. decisori», visto que estes têm como finalidade garantir um tipo de tutela que pelo perfil da sumariedade é antecipatória, urgente e efectiva, e que, pelo perfil da «decisoriedade», é estável, imodificável e forma caso julgado. E exclui, claro está, a antecipação cautelar, quer pela natureza instrumental da decisão, quer pela natureza provisória da mesma (pp. 123 ss.) e as decisões antecipatórias proferidas no âmbito dos processos de jurisdição voluntária.

(1329) Com efeito, A. CARRATTA (*Profili sistematici...*, cit., pp. 364 ss.) exclui do conceito técnico de antecipação os «provvedimenti interinali», que antecipam provisoriamente os efeitos da sentença principal, mas cujos efeitos antecipados, ainda que provisórios, são qualitativamente distintos dos da sentença antecipada. A este tipo pertencem os «provvedimenti interinali-cautelari», com conteúdo lato senso antecipatório, e os «provvedimenti interinali-volontari». Também exclui do conceito técnico jurídico de antecipação «os provvedimenti» que ainda que antecipem os efeitos da sentença principal, esses efeitos qualitativamente idênticos aos da sentença não são provisórios, bem pelo contrário são definitivos e substitutivos da sentença principal. A este género de decisões pertencem «a imposizione del pagamento di provvisionali», os «provvedimenti sommari c.d. decisori», visto que estes têm como finalidade garantir um tipo de tutela que pelo perfil da sumariedade é antecipatória, urgente e efectiva, e que, pelo perfil da «decisoriedade», é estável, imodificável e forma caso julgado, e «sentenze di condanna con riserva».

temático, do ponto de vista funcional e estrutural, elevando a categoria tal tipo de tutela. Assim, tendo estudado, por exemplo, o artigo 186-*bis*, que prevê a *ordinanza* para o pagamento de uma quantia pecuniária não contestada, o artigo 186-*ter*, que prevê a *ordinanza di ingiunzione* que o juiz instrutor pode ordenar para pagamento de uma quantia ou a entrega de uma coisa, e o artigo 186-*quarter*, que prevê a *ordinanza* para pagamento de quantia ou entrega de coisa, depois de realizada e esgotada a produção de prova, CARRATTA viu neles aspectos comuns, a saber: estes tipos de processos desembocam em decisões antecipatórias, que são decisões proferidas tendo por base uma instrução especial, que são provisórias e que, não obstante serem provisórias (porque modificáveis e revogáveis no seguimento do processo), podem sobreviver à extinção do processo no âmbito do qual foram pronunciadas e à renúncia pelo intimado à emissão da sentença final, constituindo títulos executivos ⁽¹³³⁰⁾.

Enfim, CARRATTA procurou estudá-los num perfil sistemático, tendo concluído que a antecipação neles prevista é distinta da antecipação cautelar. Naqueles processos autónomos ou sub-procedimentos, a decisão antecipatória é ditada num momento prévio (ou anterior) àquele momento que está legalmente determinado para ser proferida a sentença final (declarativa, constitutiva ou condenatória), sendo que o legislador permite que, em algumas situações — isto é, casos em que, por exemplo, se justifica que a continuação do processo ordinário possa ser dispensada, por a prova já ter sido toda produzida — aquela decisão antecipatória ganhe estabilidade ⁽¹³³¹⁾. Do ponto de vista funcional, CARRATTA insere a técnica antecipatória no conjunto dos instrumentos que servem tanto para dar tratamento à duração patológica como à duração fisiológica do processo, configurando assim instrumentos que asseguram o direito à tutela jurisdicional efectiva e à decisão em prazo razoável. Assim, a par da tutela cautelar, que é uma das soluções normalmente previstas na lei, através da qual se providencia contra o *periculum in mora*, podendo ter conteúdo conservatório ou antecipatório, a tutela antecipatória (em sentido próprio) é outra forma concretizada na lei que permite uma antecipação autónoma ou funcionalmente independente dos efeitos declaratórios e dos efeitos executivos. A tutela decisória sumária que se concretiza no processo antecipatório permite a emissão de uma solução rápida e estável para a controvérsia, evitando o processo de cognição «plena e exaurível». Com efeito, esta realidade, a dura-

⁽¹³³⁰⁾ A este propósito, vd. A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., esp. pp. 136 ss.

⁽¹³³¹⁾ Sobre esta questão, vd., por todos, C. MANDRIOLI, «Per una nozione...», cit., pp. 551 ss.; F. CARPI, «La tutela d'urgenza...», cit., pp. 680 ss., esp. pp. 700 a 706; P. FRISINA, «La tutela anticipatoria...», cit., pp. 365 e 370 a 373.

ção longa do processo como causa de inevitáveis prejuízos, pode justificar, segundo o autor, a concretização da tutela antecipatória. Para CARRATTA, a técnica de antecipação (em sentido restrito ou *tout court*) distingue-se da cautelar, tanto em termos funcionais como estruturais. Neste sentido, o autor considera que, não obstante a antecipação cautelar também remediar os prejuízos que decorrem da demora do processo, a antecipação *tout court* configura estruturalmente uma antecipação distinta, própria e autónoma, um género de alternativa de tutela jurisdicional perante a ordinária. A antecipação pode evitar que o prejuízo possa recair exclusivamente sobre uma das partes, pelo menos sobre aquela que, tendo em conta a prova já realizada («sulla base delle risultante processuali acquisite»), provavelmente terá razão, sendo que, através da medida antecipatória, é possível tutelar essa parte que está em desvantagem, por ter de aguardar a decisão definitiva, podendo assim proporcionar-se o reequilíbrio das posições substanciais das partes, através da satisfação antecipada da sua pretensão jurídica. A antecipação cautelar, ao contrário daquela, é sempre uma decisão provisória e instrumental, não podendo nunca adquirir definitividade jurídica⁽¹³³²⁾. Não configura, pois, uma alternativa à de mérito.

Não negando nunca — apenas neste aspecto — a doutrina clássica, CARRATTA considerou necessário, porém, proceder à reconstrução funcional do conceito de decisão propriamente antecipatória, tendo afirmado que a decisão antecipatória actua no decurso de um processo ordinário, produz efeitos em antecipação, a título provisório, dos efeitos da sentença final, pois é emanada com base numa cognição que não é completa ou definitiva, sendo que tal decisão antecipatória surge autónoma ou independente, por oposição à instrumentalidade típica da antecipação cautelar. Assim, a decisão antecipatória *tout court* baseia-se em elementos que serão considerados suficientes para justificar a decisão definitiva e sobre os quais se poderia decidir definitivamente se o processo terminasse logo, no momento em que é emitida a decisão antecipatória. Assim sendo, tal como prevê o ordenamento jurídico italiano naqueles preceitos do c.p.c, a decisão antecipatória pode transformar-se em decisão definitiva, se, nas condições em que aqueles preceitos prevêem, esta não vier a ser proferida. Ao contrário da decisão de antecipação cautelar, que vem primeiro que a de mérito e é-lhe instrumental, aquela antecipatória *tout court* é idónea a transformar-se em definitiva, e, por isso, é capaz de produzir a execução antecipada dos efeitos definitivos⁽¹³³³⁾.

Neste contexto, CARRATTA também procedeu à reconstrução estrutural do processo ou procedimento antecipatório *tout court*. E, assim, a decisão ante-

(1332) Neste sentido, A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 122 e 123.

(1333) Neste sentido, A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 122 ss.

cipatória *stricto sensu* pressupõe a existência de um processo de cognição, ordinário ou especial, pressupõe a propositura de uma acção ordinária de cognição e a realização de um «*accertamento* pleno ainda que não definitivo e, por isso, apelidado de *sommario*, enquanto sinónimo de *accertamento* resultante de uma «cognição sumária», sendo esta correspondente a «cognição não completa» ou «superficial» e cognição completa mas não definitiva». Pressupõe ainda a produção de efeitos qualitativamente (ainda que não quantitativamente) idênticos aos produzidos pela sentença final (de primeiro grau). Enfim, tal tipo de decisão determina provisoriamente a regulação da relação litigiosa entre as partes, de acordo como provavelmente virá a ser regulada no tempo certo, se o juízo de mérito ainda vier a ser emitido, sendo que, não obstante não ambicionar formar caso julgado, a mesma pode vir a substituir a decisão de fundo, se esta não vier a ser proferida, sendo que, tratando-se de uma acção de condenação, e existindo a obrigação de dar, fazer e não fazer, permite-se a execução antecipada e a execução forçada para concretização do direito (1334).

Em qualquer caso, cumpre reforçar as conclusões de CARRATTA: porque a antecipação cautelar não se reduz ao interior de um único processo e à mesma acção, requisito que é essencial para se identificar «a técnica da antecipação de actos», a técnica da tutela cautelar não se identifica com a técnica antecipatória em sentido restrito. O processo cautelar tem autonomia, tem pressupostos diferentes do processo principal (o *periculum in mora* e provável existência do direito) e produz efeitos diferentes sobre a situação controversa sob que versa o processo assegurado. Assim, antecipa efeitos de uma *fattispecie* diferente. Antecipa os efeitos da decisão principal que são diferentes qualitativamente, uma vez que aquela decisão cautelar antecipatória tem uma função que não é «dichiarativa del diritto controverso», mas é instrumental perante os efeitos (esses sim, declarativos) que a sentença de mérito produzirá (1335). Enfim, percebe-se que CARRATTA tenha classificado como categoria a tutela jurisdicional antecipatória. Contudo, há autores que continuam a negar tal categorização (1336).

2. As diversas leituras da antecipação de natureza cautelar: a antecipação funcional

Como se percebe, a doutrina vai alertando para a existência de um grupo distinto de processos que proporcionam uma tutela antecipatória, chamando-lhe

(1334) Neste sentido, A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 364 ss.

(1335) Neste sentido, A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 95 ss.

(1336) Neste sentido, vd. G. BASILICO, «Indagine sulla nozione...», pp. 1 ss., esp. p. 6.

alguns «tutela interina» e outros «tutela antecipatória *tout court*» — um tipo de processos com função comum, mas que ainda não é possível classificar como pertencente a uma categoria, à categoria da tutela jurisdicional antecipatória. E a doutrina também vem chamando à atenção para a introdução generalizada da técnica antecipatória na estrutura do próprio processo ordinário. Contudo, não acertando as definições dos conceitos pelos mesmos critérios, as modalidades de concretização da antecipação vão variando, sobrando, apenas um conceito de antecipação cautelar tendencialmente uniforme. Assim, salvando-se a antecipação cautelar em face de outras formas diversas de antecipação, vários são os autores que negam a autonomia categorial à tutela antecipatória, preferindo continuar a invocar a existência de várias formas de antecipação e de distintas decisões antecipatórias, tendo integrado algumas delas na espécie das providências cautelares ⁽¹³³⁷⁾. A ciência italiana do direito processual considera, na verdade, que é possível identificar vários sentidos de antecipação, dando destaque à antecipação que, no âmbito das providências cautelares não especificadas, previstas no artigo 700 do c.p.c., o juiz cautelar pode realizar para proporcionar a tutela jurisdicional efectiva, sendo que este artigo do código do processo civil italiano não impõe obrigatoriamente (ou somente) a tutela antecipatória ⁽¹³³⁸⁾ **(2.1.)**. No sistema francês e no sistema alemão a urgência é também associada à antecipação-funcional e esta surge no domínio de processos que também concretizam a técnica de acessoriedade-instrumentalidade e de provisoriedade **(2.2.)**.

2.1. É possível apurar que a ciência italiana do direito processual sempre se preocupou em distinguir bem a antecipação cautelar de outras modalidades de antecipação, fazendo-o tanto a partir de uma perspectiva estrutural como a partir de um perfil funcional. A antecipação cautelar caracteriza-se por uma funcionalidade especial, uma vez que serve para proceder à antecipação dos efeitos da sentença de mérito a emitir num outro processo, procurando dar solução para os prejuízos que a duração longa desse processo é susceptível de causar inevitavelmente a uma das partes. Enfim, a instrumentalidade, que é a caracteriza essencial da decisão cautelar, e que, como já afirmámos repeti-

⁽¹³³⁷⁾ Sobre esta questão, vd., por todos, F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 62 ss.; F. LANFRANCHI, «Profili sistematici...», cit., esp. pp. 90 e 153 ss.; G. TARZIA, «La tutela cautelare...», cit., pp. XXI ss.; L. P. COMOGLIO/C. FERRI, «La tutela cautelare in Italia: Profili sistematici e riscontri comparativi», RDPProc., 1990, pp. 965 ss.; R. CONTE, «Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio», RDPProc., 1995, pp. 213 ss., esp. pp. 219 ss.

⁽¹³³⁸⁾ Neste sentido, G. ARIETA, «Funzione non necessariamente anticipatoria...», cit., p. 585, e, do mesmo autor, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 65 ss.

das vezes, marca as características da cognição que é realizada no âmbito desse processo, vinca também, na sua estrutura, a forma como antecipadamente realiza a defesa do direito. A antecipação cautelar é sempre funcionalmente instrumental perante a efectividade da decisão de fundo ⁽¹³³⁹⁾, já que, porque entre o juízo cautelar e o juízo de fundo há uma «relação exógena» — para lembrar a frase de CARPI —, a antecipação é sempre provisória e instrumental ⁽¹³⁴⁰⁾. É exactamente por causa da acessoriedade-instrumentalidade do processo em que é proferida que a antecipação adquire características próprias: por um lado, a decisão antecipatória é sempre provisória e caduca ou extingue-se em certas situações; por outro lado, a decisão cautelar antecipatória nunca é revogada, nem é convalidada pela decisão de fundo. Pelo contrário, e mais precisamente, a decisão antecipatória forma uma espécie de *caso julgado especial* perante a decisão de fundo ⁽¹³⁴¹⁾.

2.2. Neste sentido, também a antecipação própria da «medida provisória em sentido restrito», típica dos sistemas francês, belga e do sistema alemão ⁽¹³⁴²⁾, é distinta da antecipatória *tout court*. Assim, no ordenamento jurídico francês, a técnica da tutela antecipatória surge concretizada em processos acessórios-instrumentais e em simultâneo com a provisoriedade e a cognição sumária, sendo que todas juntas constituem características de um dos tipos de decisões que servem para tutelar a urgência, *maxime*, as *mesures provisoires au sens strict* ⁽¹³⁴³⁾. Como se considera na dogmática francesa e belga, são antecipações-provisórias e conseqüentemente, sendo medidas provisórias, «ne portent pas préjudice au principal» ⁽¹³⁴⁴⁾, isto é, são medidas que, pela sua ins-

⁽¹³³⁹⁾ Neste sentido, por todos, considere-se F. CARPI, «La tutela d'urgenza...», cit., pp. 700 ss., esp. pp. 705 e 706; P. FRISINA, «La tutela anticipatoria...», cit., pp. 370 a 373, esp. pp. 375, 381 e 387. Este último nega o carácter unitário à tutela antecipatória, podendo aceitar que, sob o ponto de vista funcional, a técnica pode servir também para obstar à produção de danos decorrentes da demora do processo (pp. 383 e 385). Vd. L. DITTRICH, «Dalla tutela cautelare anticipatoria alla tutela sommaria definitiva», RDProc., 1988, pp. 672 ss., esp. p. 688 ss.

⁽¹³⁴⁰⁾ Expressão de F. CARPI, «La tutela d'urgenza...», cit., p. 706.

⁽¹³⁴¹⁾ E. MERLIN, «La caducité et la rétractation...», cit., pp. 369 e 370.

⁽¹³⁴²⁾ E. MERLIN, «La caducité et la rétractation...», cit., pp. 369, 370 e 371; G. DOMEZIL/C. PANIER, «L'autonomie du référé...», cit., pp. 45 e 46; W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., esp. ns. ms. 68 a 73, pp. 56 a 60.

⁽¹³⁴³⁾ Quanto à ambiguidade dos «jugements dits provisoire», quer dos «jugements avant dire droit», quer dos proferidos no âmbito das «procédures de référé», vd. J. VINCENT/S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26.^a édition, 2001, Paris, pp. 609 ss., pp. 830 ss.; A. LACABARATS, «Le référé», in: *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de S. GUINCHARD, 2002, pp. 185 ss., pp. 601 ss.

⁽¹³⁴⁴⁾ J. V. COMPERNOLLE, «Les mesures provisoires...», cit., p. 11.

trumentalidade perante a questão de fundo, apenas a julgam «sans dire le droit» (1345). É claro que nem todas as decisões provisórias têm natureza antecipatória. Pelo contrário, inicialmente, considerou-se que as medidas provisórias não incluíam a antecipação, reduzindo-se essencialmente ao tipo conservatório ou preparatório.

Na actualidade, a antecipação pode decorrer por via de decisão proferida em *référé* ou por via de «requête», antes de a acção principal ser proposta. Contudo, como já mencionámos, mesmo no âmbito de uma acção já proposta, o contencioso de tipo moderno apela ao decretamento de medidas provisórias em que se procede à antecipação do conteúdo da sentença principal, isto é, uma antecipação do juízo de fundo. Assim, o sistema francês permite que no âmbito de uma acção já pendente, existindo urgência, a antecipação possa surgir sob a forma de sentença ou sob a forma de *ordonnance*. É emitida a sentença quando é o tribunal competente para conhecer o mérito a proceder à antecipação da decisão de mérito, designando-se por «jugement avant-dire droit». E é emitida a *ordonnance* quando a antecipação é realizada pelo *juge de la mise en état*, que é o juiz singular que tem a seu cargo a condução do procedimento de instrução probatória, ou pelo juiz dos assuntos matrimoniais ou pelo juiz da urgência («juge de référé»). Pelo que se acabou de afirmar percebe-se que a antecipação por razões de urgência está prevista quanto ao momento declaratório. Porém, o sistema francês tem também formas de antecipação da execução propriamente dita (1346). No contexto do *référé*, permite-se a plena execução da decisão provisória, não obstante essa ser também provisória, e estabelece-se um processo simplificado e rápido de execução antecipada.

Também na Alemanha, a antecipação que é própria das *einstweilige Verfügungen* está *apertada* por limites rigorosos, entre eles «die Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache» (1347), sendo que estes limites proibem o juiz não só de decidir definitivamente a questão litigiosa existente entre as partes e pendente no processo principal como também o proibem de exceder o juiz da causa principal — porque tal antecipação deverá ser sempre provisória (1348).

(1345) G. DEMEZ/C. PANIER, «L'autonomie du référé...», cit., p. 52.

(1346) A este propósito, vd. R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 171 ss.

(1347) Sobre esta questão e, designadamente sobre «die Vorwegnahme der Hauptsache», vd. W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 66 ss., pp. 54 a 60.

(1348) Sobre esta questão, vd. G. DEMEZ/C. PANIER, «L'autonomie du référé...», cit., pp. 49, 51 a 53; L. DU CASTILLON, «Variations autour du principe dispositif et du contradictoire dans l'instance en référé», in: *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé...*, cit., pp. 104 e 105.

3. A generalização da antecipação *tout court*?

Contudo, mesmo no domínio da *einstweilige Rechtsschutz*, o recurso à antecipação tem sido mais frequente na *praxis* e a própria ciência do direito processual tem vindo a defender a emissão de *decisões-de-urgência-antecipatórias* em certos domínios — embora também alerte para o risco emergente de tal tipo de *decisão-de-urgência* ⁽¹³⁴⁹⁾ **(3.1)**. A par deste incentivo à concretização da antecipação por razões de urgência, cumpre notar que o legislador tem vindo a consagrar com mais frequência (e com menos rigor) a técnica da tutela antecipatória, sendo que esta surge especialmente no contexto do direito ao processo efectivo e do direito à emissão de sentença em prazo razoável **(3.2)**.

3.1. Com efeito, ao recomendar a comprovação de um *fumus boni iuris* mais qualificado, certa doutrina incentiva à antecipação da análise da questão de fundo e ao pré-julgamento da questão litigiosa existente entre as partes. E, procurando reduzir as situações de decisão errada, o juiz do processo acessório-instrumental é incentivado a antecipar totalmente a decisão de mérito, emitindo uma decisão com conteúdo e efeitos em tudo idênticos ao que resultaria se pudesse legitimamente emitir a sentença final. Assim tem vindo a acontecer no domínio do *référé-provision* (francês) ⁽¹³⁵⁰⁾ e no *référé* belga, pelo qual é emitida uma *allocation d'une provision* ⁽¹³⁵¹⁾, bem como no domínio da *Befriedigungsverfügung* alemã ⁽¹³⁵²⁾. Nestes casos, os tribunais têm vindo a aprofundar o exame que versa sobre a existência do direito a acautelar, procedendo ao julgamento antecipado dessa questão, e, através das decisões provisórias-antecipatórias, têm condenado a entidade demandada nos mesmos termos em que esta seria condenada se o processo principal viesse a ser proposto e a sentença final viesse a ser proferida. É certo que, em qualquer um dos sistemas, aqueles processos acessório-instrumentais não podem desembocar naquele tipo de decisões ⁽¹³⁵³⁾.

⁽¹³⁴⁹⁾ No sistema francês essa crítica surge, designadamente, pela voz de R. PERROT, «L'évolution du référé...», cit., pp. 645 ss.; A. BLAISSE, «Quo vadis référé...», cit., pp. 3 803 ss.; P. BERTIN, «Quand le juge des référés confond vitesse et précipitation», Gaz. Pal. (Doctrine), 1992, pp. 242 ss.; R. TENDLER, «Le juge des référés une procédures ordinaire?», RD.Ch., 1991, pp. 139 ss.

⁽¹³⁵⁰⁾ P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides...*, cit., pp. 75 a 80.

⁽¹³⁵¹⁾ J. VAN COMPERNOLLE, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 227 e 228.

⁽¹³⁵²⁾ A este propósito, vd. W. J. HABSCHIED, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 47 a 48.

⁽¹³⁵³⁾ Vd. K. FINKELNBURG/K. P. JANK (*Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 144 ss., pp. 65 ss. e ns. ms. 160 a 164, pp. 74 a 76, ns. ms. 173 ss., pp. 81 ss.; esp. n. m. 216, pp. 103 e 104), a propósito da atitude jurisprudencial na apreciação dos tipos de urgência no contencioso administrativo alemão, existindo ou não antecipação e configurando a necessidade de apreciação antecipada da causa, exigindo-se uma «qualificada probabilidade de sucesso na causa principal».

Na verdade, como já apontámos, aquele primeiro tipo de processo sumário urgente, denominado de *référé*, tendo nos últimos anos adquirido a função de fazer «ganhar algum tempo» e de «acalmar as partes impacientes com a demora do processo», adquiriu uma nova fisionomia, tendo-se transformado num processo que afecta definitivamente os interesses das partes e que antecipa na totalidade a decisão de mérito, revelando-se, cada vez menos, como um processo com função conservatória («fonction conservatoire»), próprio para desembocar em medidas asseguradoras («mesures d'attente» e «mesures préparatoires») ou medidas provisórias⁽¹³⁵⁴⁾. Neste contexto, não obstante a urgência não ser uma condição ou pressuposto de deferimento da medida antecipatória, ainda assim a decisão provisória destinada a antecipar o pagamento de «provisões» permite acelerar a satisfação da pretensão jurídica, sendo que esta é uma nova forma de actuação processual sumária através da qual há uma verdadeira condenação («une véritable condamnation»⁽¹³⁵⁵⁾).

E, com efeito, tanto o *juge de référé* como o *juge de la mise en état* têm poder para deferir, de imediato, o pagamento de uma quantia a favor daquele que alega ser credor, sendo o valor da mesma fixado em função do montante da condenação que o juiz da causa principal (eventualmente) determinará. Assim, respectivamente, nos termos dos artigos 771 e 809, alínea 2, do NCPC, aqueles magistrados podem «decretar uma provisão a favor do credor, se a obrigação não lhe parecer seriamente duvidosa, *rectius* «si l'obligation n'est pas sérieusement contestable», por o demandado não ter sido capaz de rebater os argumentos do demandante, opondo meios sérios de defesa. Se a vítima de um acidente se depara com a recusa da companhia de seguros do culpado no pagamento de uma indemnização e se o juiz considera que a responsabilidade daquele não é duvidosa e que a existência da obrigação de seguro não é questionável, então pode imediatamente, e a título provisório, determinar o pagamento de uma provisão à vítima, sendo que o montante a imputar no valor da condenação final pode corresponder à totalidade deste valor, uma vez que a *Cour de Cassation* considerou em 1981 que «a provisão não tem outro limite senão o que corresponde ao valor não contestado da dívida alegada» — podendo, pois, o juiz do *référé-provision* acordar, a título de provisão, a totalidade da quantia pedida a título principal («le plein de la demande»)⁽¹³⁵⁶⁾.

Enfim, a possibilidade de decretar as provisões surge no contexto de obrigações pecuniárias, tanto nos domínios civil como comercial, e podem

⁽¹³⁵⁴⁾ Neste sentido, J. NORMAND, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 76 e 77; A. LACABARATS, «Le référé...», cit., p. 608.

⁽¹³⁵⁵⁾ Neste sentido, R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., p. 164.

⁽¹³⁵⁶⁾ Neste sentido, R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., p. 164.

acontecer antes mesmo de ser instaurada a acção principal. A provisão é solicitada ao *juge des référés*, isto é, ao presidente da jurisdição que é competente para conhecer a causa principal (por exemplo, ao presidente do tribunal de comércio em matéria comercial), e tem o nome de *référé-provision*. Todavia, no *Tribunal de Grande Instance*, se a acção principal já tiver sido accionada, a provisão pode ser ordenada pelo juiz que conduz a instrução do processo, «le juge de la mise en état», nos termos do artigo 771 do NCPC.

Como já afirmámos, a urgência não é uma condição específica do decretamento da provisão provisória, já que «a única condição exigida é a de que a obrigação não seja seriamente questionável, nos termos dos artigos 771 e 809 do NCPC. Claro está que esta expressão legal é muito difícil de definir em abstracto, sendo que normalmente considera-se que o juiz não pode exigir uma «incontestabilidade absoluta», sob pena de restringir abusivamente a figura de *référé-provision* ⁽¹³⁵⁷⁾. Necessário é que a contestação apresentada seja de natureza a suprimir ou restringir a obrigação do alegado devedor e, sobretudo, que essa contestação apresente um carácter sério. É somente isto que ele deve verificar, podendo a jurisprudência estabelecer espécies de casos para os quais deva valer a aparência (ou o «seuil d'évidence»). Já se considerou preenchido este pressuposto tendo por base apenas a aparência de validade do contrato e, simultaneamente, já foi afastada tal condição por o demandado ter invocado uma forma de compensação ou uma dificuldade de interpretação do contrato.

Em contas simples, apurámos que, de uma forma ou de outra, porque o *juge de référé-provision* tem de proceder necessariamente a um exame superficial do fundo da questão litigiosa, e antecipar o conteúdo da decisão de mérito, aquele *référé* tem muito de parecido com o «*référé au fond*» ⁽¹³⁵⁸⁾. E, como o *juge de référé-provision* pode decretar a provisão no montante total da dívida alegada, podemos mesmo questionar o que resta de provisório em tal decisão, já que a decisão que ordena a provisão é um verdadeiro título executivo, que pode ser objecto de execução como qualquer outro, e que pode dar lugar à realização de uma penhora imediata («*saisie immédiate*»). É bem verdade que, como a *ordonnance* do juiz do *référé* não ganha autoridade de caso julgado, nos termos dos artigos 488, alínea 1, e 775 do NCPC, o tribunal de recurso, que decide em forma colegial sobre o mérito da causa, pode decidir de maneira diferente e, por conseguinte, pode ordenar a restituição da provisão recebida. Contudo, porque também neste ponto poderá surgir um conjunto de dificuldades, ou porque o beneficiário da provisão está insolvente

⁽¹³⁵⁷⁾ Neste sentido, R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., p. 164.

⁽¹³⁵⁸⁾ Neste sentido, R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., p. 165.

ou porque simplesmente desapareceu, não há dúvida de que as reservas colocadas pela doutrina a esta forma de decidir fazem sentido, levantando até uma questão que é relativa ao tipo de garantias que devem ser exigidas ao beneficiário da provisão ⁽¹³⁵⁹⁾.

Vejam os sistema alemão. Como já apontámos a propósito do sistema alemão, as medidas para assegurar a paz jurídica, previstas no § 940 da ZPO, aquelas que são relativas a uma relação jurídica controvertida duradoura ou permanente (designadamente, referentes a um contrato de trabalho ou a um arrendamento), justificam-se pela necessidade de evitar, quanto antes, uma ameaça de dano ou de desvantagem ou um acto violento. E são provisórias ⁽¹³⁶⁰⁾. Ou seja: é necessário que num processo ordinário ou comum, já pendente ou a instaurar, se chegue a uma solução definitiva do diferendo. Enfim, se assim é, e se as medidas são principalmente de salvaguarda, visam acautelar o direito alegado e não devem proporcionar a realização definitiva desse direito, contudo, também se reconhece que a regulação prevista no § 940 tem suscitado algumas dúvidas. E assim é principalmente em situações anómalas, como são aquelas situações em que a acção principal é decidida em sentido contrário a uma medida provisória previamente decretada ou quando a acção não chega sequer a ser proposta por o intimado ter renunciado à possibilidade (prevista na lei) de requerer ao juiz a fixação de um prazo para que o abonado proponha a acção principal ⁽¹³⁶¹⁾.

Estamos a falar designadamente da *Befriedigungsverfügung*, uma medida urgente cuja existência se deve à jurisprudência criativa dos tribunais e que surgiu do alargamento do campo das medidas provisórias. E assim é quando assume a modalidade de medida de prestação, *Leistungsverfügung* — uma medida que permite obter, por antecipação, a condenação do intimado no pagamento de uma quantia pecuniária a que tem direito («Befriedigung wegen eines Geldanspruchs») ou que permite obter a restituição de uma coisa («Herausgabe einer Sache»). Na verdade, os tribunais alemães têm admitido a possibilidade de condenação provisória do intimado, por um período de tempo certo, no pagamento de alimentos, de salários ou de outro tipo de prestações (tal como uma renda), quando tal provisão seja necessária ao sustento do credor, tendo o tribunal, na sequência de um acidente, condenado o deve-

⁽¹³⁵⁹⁾ Neste sentido, R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., p. 165.

⁽¹³⁶⁰⁾ Neste sentido, E. SCHILKEN, *Die Befriedigungsverfügung...*, cit., pp. 114 ss.; O. JAUERNIG, «Der zulässige...», cit., pp. 323 ss.; D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 113 ss.

⁽¹³⁶¹⁾ A este propósito, vd. O. JAUERNIG, «Der zulässige...», cit., pp. 329 ss.; F. BAUR, *Studien...*, cit., pp. 50 ss.; D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 12 ss. e 119 ss.; M. MINNEROP, *Materielles Recht...*, cit., pp. 56 e 70 ss.; S. VOGG, «Einstweilige Feststellungsverfügung...», cit., pp. 1357 ss.; C. BERGER, «Zur Statthaftigkeit...», cit., pp. 287 ss.

dor no pagamento de uma indemnização a favor da vítima, garantindo-lhe uma quantia necessária para poder beneficiar de tratamento médico. É certo que tal tipo de medida não deixa de ter natureza provisória. Porém, também não é menos certo que ela permite antecipar total e definitivamente o resultado que seria obtido com a propositura da acção principal. De resto, basta que a acção principal não venha a ser proposta pelo credor abonado no prazo estabelecido pelo tribunal, a pedido daquele que sofreu o efeito da decisão antecipatória, ou basta que se configure uma situação de facto consumado para que tal resultado aconteça ⁽¹³⁶²⁾. Aliás, porque o exame da causa urgente é mais intensa no momento em que o tribunal aprecia a verificação do pressuposto jurídico de decretamento da providência, verifica-se que na actualidade a *Leistungsverfügung* tem vindo a substituir a decisão de mérito. E o processo urgente acessório, por via do qual a *Leistungsverfügung* tem vindo a ser decretada, tem vindo a adquirir, por várias razões — incluindo as necessidades de urgência e a garantia à tutela jurisdicional efectiva, que não se compadecem com a demora anormal do contencioso moderno ⁽¹³⁶³⁾ — o estatuto de «processo declarativo sumário alternativo» ⁽¹³⁶⁴⁾, suscitando sérias questões à doutrina, uma vez que entre este processo e o processo dito ordinário são muitas as semelhanças ⁽¹³⁶⁵⁾. Enfim, de qualquer modo, esta forma de tutela deve a sua autonomização à possibilidade da antecipação da causa principal e essa antecipação alternativa resulta porque há normalmente um esgotamento da questão litigiosa existente entre as partes, porque o conteúdo da medida corresponde àquele que teria a decisão principal, se a acção viesse a ser proposta e se esta ainda viesse a ser proferida, e principalmente porque a medida provisória cria, por regra, uma «situação de facto consumado ou situação irreversível» ⁽¹³⁶⁶⁾.

⁽¹³⁶²⁾ A este propósito, vd. W. J. HABSCHIED, «Les mesures provisoires...», cit., p. 47; W. GRUNSKY, in: STEIN/JONAS, *Kommentar...*, cit., p. 483; F. MATSCHER, «Les mesures provisoires...», cit., p. 97.

⁽¹³⁶³⁾ A este propósito, H. THOMAS/H. PUTZO (*Zivilprozeßordnung...*, cit., p. 1422) referem o seguinte: «Die Rechtsprechung läßt über die Sicherung eines Anspruchs und die vorläufige Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses hinaus eine teilweise Befriedigung im Wege einstw. Verfüg. bei Dringlichkeit zu. Sie fehlt z.B. bei längerem Zuwarten des Berechtigten ohne einleuchtende Begründung».

⁽¹³⁶⁴⁾ Neste sentido, W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 28 ss., pp. 25 ss., esp. ns. ms. 31 e 32, pp. 27 a 29.

⁽¹³⁶⁵⁾ Sobre este assunto, já F. OSTLER («Wichtige prozessuale Fragen des Eilverfahrens der ZPO», MDR (9), 1968, pp. 713 ss.) alertava, no final da década de sessenta. Sobre este assunto, e para uma síntese, vd., por exemplo, na doutrina italiana, R. CAPONI, «La tutela cautelare nel processo civile tedesco», FI (Parte V), 1998, pp. 26 ss., esp. pp. 34 ss. e 40.

⁽¹³⁶⁶⁾ Neste sentido, vd. W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 28 ss., pp. 25 ss., esp. ns. ms. 31 e 32, pp. 27 a 29.

Na verdade, como refere HABSCHIED, «tal tipo de decisão não tem mesmo nada de provisório»: é executada como um sentença normal e o credor recebe a quantia pecuniária em que o devedor foi condenado a pagar. Se o julgamento final, que surgirá mais tarde, vier a dar razão ao credor, tudo estará bem. Se assim não acontecer, o demandado tem direito a uma indemnização por danos, nos termos do § 945 da ZPO, sendo que este tantas vezes configura um direito «nu», visto que aquele que beneficiou da prestação antecipatória não tem como pagar a indemnização, nem tem bens disponíveis para penhora ⁽¹³⁶⁷⁾.

Enfim, se, por princípio, o modelo de tutela provisória previsto na Alemanha deve garantir ao requerente apenas uma medida asseguradora, que provisoriamente assegure o efeito útil da sentença de mérito, a verdade é que a *Befriedigungsverfügung* lhe proporciona mais que do que isso. «Não deixa, por isso, de não ser um corpo estranho desse sistema» ⁽¹³⁶⁸⁾, cuja categorização é hoje, ainda assim, mais difícil do que nunca ⁽¹³⁶⁹⁾. Não é sem razão que a doutrina tem vindo a demonstrar alguma preocupação em relação ao tipo de decisões que, com excepção das normas processuais especiais em que isso é permitido, proporcionam a antecipação da execução da sentença de mérito, propondo que, em relação à *Befriedigungsverfügung*, o juiz fixe oficiosamente um prazo dentro do qual a parte deva instaurar a acção principal ⁽¹³⁷⁰⁾. Uma coisa é certa: a antecipação nem sempre combina com processos acessório-instrumentais e com a emissão de decisões provisórias.

3.2. Aliás, a antecipação tem vindo a integrar cada vez mais os processos. Assim, à previsão de processos ou sub-procedimentos que acolhem a «técnica da antecipação» e que permitem alcançar decisões de fundo antecipadas ou «avant-dire droit», tem vindo a acrescer outro tipo de mecanismos antecipatórios ⁽¹³⁷¹⁾, qual seja o mecanismo de «passerelle». Vejamos em que é que este se traduz. Antes do Decreto de 28 de Dezembro de 1998, o artigo 788, última alínea, do NCPC, permitia-se ao juiz *des référés*, logo que ele considerava que a demanda excedia o limite das suas atribuições, que ele autorizasse o requerente a intimar o seu adversário para em data certa («assigner à jour fixe») comparecer em tribunal. Aquele diploma veio modificar

⁽¹³⁶⁷⁾ Neste sentido, vd. W. J. HABSCHIED, «Les mesures provisoires...», cit., p. 47.

⁽¹³⁶⁸⁾ Neste sentido, vd. W. J. HABSCHIED, «Les mesures provisoires...», cit., p. 53.

⁽¹³⁶⁹⁾ Neste sentido, vd. W.-D. Walker, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., n. m. 37, pp. 29 a 31.

⁽¹³⁷⁰⁾ Neste sentido, por exemplo, e para evitar que a decisão antecipatória ganhe estabilidade, vd. M. HEINZE, anotação ao § 940, in: *Münchener Kommentar Zivilprozeßordnung*, Herausgegeben von G. LÜKE/A. WALCHSHÖFER, Band 3, München, 1992, pp. 830 ss.

⁽¹³⁷¹⁾ J. V. COMPERNOLLE, «Les mesures provisoires...», cit., p. 7; G. CLOSSET-MAR-CHAL, «Les mesures provisoires...», cit., p. 26.

esta figura, procurando reforçar a capacidade do juiz civil para decidir, em tempo breve, certo tipo de litígios, tendo procedido à revogação do artigo 788 e à sua substituição pelo artigo 811. E este preceito veio atribuir ao presidente do TGI o poder de, quando actua em *référé*, remeter o processo para uma audiência, cuja data pode ser por si determinada, a fim de ser decidida a questão de mérito da causa. Este mecanismo, por via do qual se procede a uma antecipação do momento decisório, depende da iniciativa das partes, devendo estes justificá-la, invocando precisamente uma situação de urgência. De qualquer modo, o juiz deve velar para que o intimado tenha um período de tempo suficiente para preparar a sua defesa. A decisão do juiz provoca a «saisine du tribunal». O processo seguirá como «procédure à jour fixe», seguindo os termos fixados nos artigos 790 e 792. Sedutora pela sua simplicidade, a «passerelle» não deixa, no entanto, de ser controversa, uma vez que os preceitos legais que a prevêm contêm imprecisões e lacunas⁽¹³⁷²⁾.

Também entre nós, a solução antecipatória por razões de urgência está contemplada. Assim, à semelhança do direito processual italiano, o CPTA prevê, nos artigo 121.º, a possibilidade de o juiz cautelar ordenar a convocação do processo cautelar e proceder à antecipação da decisão de fundo. E, no domínio do direito civil, o legislador veio permitir a anulação do vínculo da acessoriedade-instrumentalidade e veio confirmar que o conceito de antecipação instrumental ou cautelar não faz sentido em algumas circunstâncias. Aliás, foi publicado recentemente um diploma que consagra no domínio do processo civil português uma solução semelhante à do contencioso administrativo, sendo que o mesmo permitirá que, no contexto do processo cautelar, o tribunal proceda à antecipação da decisão de mérito. É exactamente assim que se compreende o artigo 16.º do RegProcExp, uma vez que este veio introduzir a faculdade de, no âmbito do processo cautelar, depois de ouvidas as partes, o juiz antecipar o juízo sobre a causa principal. Não se resumindo a permitir a antecipação da decisão de mérito por razão de urgência *tout court*, uma vez que esta não figura expressamente como pressuposto de admissibilidade do mecanismo (embora esteja implícita no momento em que a parte lançou mão do processo cautelar), este mecanismo concretiza sobretudo o princípio da economia do processo, sendo assim compreensível que o artigo 16.º deste diploma apenas exija que tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso. Assim, o mecanismo parece incluir dois tipos de situações: aquela em que «o conflito de interesses

⁽¹³⁷²⁾ A este propósito, cfr. A. LACABARATS, «La procédure devant les juges des référés» (p. 607), in: *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de S. GUINCHARD, Paris, 2002.

fica sanado e o direito do requerente plenamente satisfeito com o simples decretamento da providência antecipatória requerida ⁽¹³⁷³⁾ e a aquela que presuppõe que no decurso do processo cautelar tenha sido esgotada a prova, permitindo-se que tal prova carregada para o processo cautelar sirva de suporte à prolação antecipada da decisão de mérito ⁽¹³⁷⁴⁾.

Ora, o que pensar disto senão que o legislador veio considerar que há situações que justificam que a antecipação instrumental seja substituída pela antecipação *tout court*. E, de facto, criando um processo atípico urgente autónomo, só pode pensar-se que o legislador veio formalmente reconhecer que a acesoriedade-instrumentalidade e a provisoriiedade nem sempre são técnicas que se adequam à tutela de certas pretensões de urgência. Aliás, no sistema italiano, o legislador veio complicar mais ainda a secular tarefa de distinção entre as diversas modalidades de antecipação, uma vez que hoje somente as decisões cautelares conservatórias emitidas ao abrigo do artigo 700.º do c.p.c. caducam ou perdem eficácia se o processo principal não for instaurado. As decisões cautelares antecipatórias não.

§ 3. A SUMARIEDADE E A URGÊNCIA: UM LIGAMENTO NECESSÁRIO

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. A sumariedade. 2. A sumariedade não cautelar. 3. A sumariedade e a urgência

0. Introdução

Não é de hoje que a técnica da *summaria cognitio* é colocada ao serviço da tutela das situações de urgência. E também não é apenas na actualidade que a ciência do direito processual procura perceber a relação entre a urgência e a *summaria cognitio*. É, aliás, bem antiga a polémica em torno daquilo que distingue ou separa o «processo sumário» do «processo sumário de cognição sumária», bem como é antiga a discussão em torno daquilo que identifica a cognição sumária propriamente dita, tendo tal questão sido especialmente tratada pela escola jurídica romanista alemã e pela ciência do direito processual dos finais do século XIX. Com efeito, a partir do estudo de figuras do direito romano, tanto BRIEGLER como WETZELL procuraram identificar

⁽¹³⁷³⁾ Sobre este assunto, vd. os exemplos dados por M. TEIXEIRA DE SOUSA (*Estudos sobre...*, cit., pp. 246 ss.) e por ABRANTES GERALDES («O procedimento cautelar...», cit., pp. 130 ss.).

⁽¹³⁷⁴⁾ Sobre este assunto, vd. E. BORGES MAIA/INÊS SETIL, «Breve comentário...», cit., esp. p. 334.

os contornos do processo sumário e as qualidades da cognição sumária, tendo chegado, contudo, a resultados não completamente coincidentes quanto à natureza que o conceito de *summaria cognitio* deveria ter possuído no *ius romanum*.

De qualquer modo, a expressão latina, que remonta efectivamente a figuras existentes em diferentes períodos do direito romano, tem sido empregue tanto para caracterizar o *modus procedendi* de um processo que é talhado para desembocar, de forma célere e simplificada, numa composição judicial de interesses como para designar o tipo de «cognição não completa» ou tipo de «cognição não plena» que precede a emissão de uma decisão provisória que é normalmente ditada tanto por razões de urgência como por outra ordem de razões. E, assim, ao longo da história, a sumariedade, não obstante também estar entrelaçada em fenómenos diversos, designadamente relacionados com a necessidade de garantir uma tutela simplificada e acelerada para certas situações que têm a seu favor a existência de prova inequívoca ou líquida, foi sendo concretizada em figuras processuais fundamentalmente ligadas às *situações-de-urgência*. Neste contexto, concretizada quase numa lógica de excepção perante a regra, mormente quando se fala de regras respeitantes ao modelo equilibrado do contraditório ⁽¹³⁷⁵⁾, a técnica da sumariedade pode revelar-se num perfil procedimental e de cognição (1).

Não se ignora que a figura da *summaria cognitio* está envolvida em enorme complexidade, uma vez que nem sempre é concretizada de modo idêntico nos diversos sistemas processuais e a sua concretização nem sempre obedece à mesma finalidade. Com efeito, os instrumentos de tutela sumária tanto são concretizados por razões de efectividade da tutela jurisdicional, especialmente quando está em causa a protecção de certos direitos envolvidos numa situação de urgência, como são integrados na lei processual por imperativos decorrentes da própria economia do processo e da eficácia da máquina judiciária. Fenómeno típico do contencioso de massas, a concretização de

⁽¹³⁷⁵⁾ Neste sentido, vd., por exemplo, V. COLESANTI, «Principio del contraddittorio e procedimenti speciali», RDPProc., 1975, pp. 599 ss., esp. p. 602 (onde o autor escreve precisamente o seguinte: «Per quanto attiene agli strumenti tecnici, preordinati a garantire il contraddittorio e la difesa, è affermazione divenuta comune quella per cui rientra nella prudente valutazione del legislatore la facoltà “di regolare il modo di esercizio di tale diritto con norme particolari che rispondano alla specialità del procedimento ed alle finalità che con esso si vogliono raggiungere”. Ma tale affermazione va necessariamente integrata con l’altra, pure emergente da varie sentenze della Corte costituzionale, secondo la quale la libertà “tecnica” del legislatore, di predisporre gli strumenti ritenuti più acconci per la tutela giurisdizionale dei diritti, non ne deve rendere “eccessivamente difficile” l’esercizio, talché vi deve essere una sorta di “minimo garantito” non potendosi altrimenti negare la lesione del diritto di difesa» — subl. nostro).

processos especiais simplificados, abreviados e sumários (de cognição sumária ou não) tanto pode ir ao encontro do princípio da tutela jurisdicional efectiva (incluindo a modalidade da garantia à prolação de decisão em prazo razoável) como pode ser uma resposta para as necessidades de celeridade processual e da própria economia do processo. Talvez seja esta a razão pela qual o fenómeno da tutela sumária tenha crescido, tendo vindo a traduzir-se numa «fuga»⁽¹³⁷⁶⁾ e numa alternativa à denominada tutela ordinária — fenómeno que nem sempre é acolhido com agrado pela ciência do direito processual, uma vez que a sua concretização surge tantas vezes associada à insegurança, à perda de qualidade das decisões dos tribunais e à anulação de princípios basilares do processo.

Na realidade, o recurso crescente a figuras de tutela sumária tem vindo a preocupar a actual ciência processual, uma vez que a previsão destas figuras impõe normalmente o sacrifício de garantias processuais das partes, principalmente de garantias que realizam princípios estruturantes do processo, como é o caso do princípio do pleno contraditório e da igualdade das partes. Aliás, os processos *lato senso sumários* podem mesmo atentar contra o direito ao processo equitativo na configuração do *fair trial*, entendido como um processo que proporciona um *standard* de tutela correspondente ao exigido pelo artigo 6.º da CEDH⁽¹³⁷⁷⁾. Na verdade, o *due process of law* é um processo cuja justeza reside não apenas na imparcialidade, na autonomia, na independência e no carácter natural de quem administra a justiça. O processo justo é também aquele cuja regulação prevê as formas e os termos do processo, no sentido que tais formas e termos estão pré-determinados ao pormenor pelo legislador, sendo possível assegurar com previsibilidade que as partes são titulares de poderes e deveres processuais e que o processo é destinado a finalizar com certo tipo de decisão, sendo possível proceder-se a um controle *in iure* da actuação do juiz e das suas escolhas (através da análise da motivação lógica das escolhas realizadas).

Assim, não existindo indeterminação nem remissão em excesso para o poder discricionário de determinação *in itinere* do juiz (pela atribuição de uma discricionariedade-inquisitorialidade *in procedendo*) o carácter justo do processo pressupõe que as formas e os termos do processo são sobretudo resultado da lei e não da escolha discricionária (ainda que motivada) de quem

⁽¹³⁷⁶⁾ Sobre este assunto, vd. B. CAPPONI, «Le “informazioni” del giudice civile (appunti per una ricerca)», RTDPC, 1990, pp. 911 ss., esp. p. 943; G. BASILICO, «Indagine sulla nozione...», cit., p. 64, onde o autor fala em perigo real da sumarização do processo.

⁽¹³⁷⁷⁾ Na verdade, este tema foi tratado por L. LANFRANCHI, «Riflessioni “de iure condito...”», cit., pp. 7 ss.; IDEM, «Profili sistematici...», cit., pp. 88 ss. E foi retomado in: «“Pre-giudizi illuministici...”», cit., pp. 16 ss., esp. pp. 20 ss.

gere o processo, uma vez que a ausência de formas e termos pré-constituídos e a possibilidade de escolha pontual da tramitação pelo juiz podem anular o direito das partes a um paritário contraditório *in itinere*, bastando que o magistrado interfira com o modelo paritário do contraditório e constitua uma terceira via de aquisição do material probatório, sem que as partes tenham possibilidade de controlar o quê e o como. Assim, o processo justo é mais do que um processo que é gerido por um juiz autónomo, independente e imparcial. É um processo que é gerido por quem exerce a função jurisdicional e o faz actuando através de um processo regulado ao pormenor, em termos que os poderes, deveres, ónus e faculdades estão previstos na lei em condições de paridade. O processo justo deve apresentar igualmente uma duração razoável, sendo que tal duração pressupõe equilíbrio, em termos que se encontre um temperamento harmonioso da qualidade e da duração da instância, não devendo a duração ser demais nem de menos, sob pena de existir perda de qualidade do processo que se quer efectivo ⁽¹³⁷⁸⁾. Enfim, o processo justo deve ser entendido como sequência de actos, com forma típica minimamente prevista *a priori*, em termos que as partes possam apresentar e planear estrategicamente a sua plena defesa, segundo critérios de previsibilidade, justiça e igualdade ⁽¹³⁷⁹⁾.

Pois bem, é exactamente neste contexto, de realização de funcionalidades múltiplas, que se percebe a razão pela qual a ciência do direito processual tem dificuldade em aceitar a técnica da sumariedade, já que esta pressupõe indeterminação de formas e termos e pressupõe a escolha discricionária do juiz quanto à configuração estrutural do processo e quanto à configuração do modelo participativo do contraditório ⁽¹³⁸⁰⁾. Ainda assim, há alguma polémica em torno destes conceitos e, por isso, o conceito de sumariedade está ainda por fixar de forma uniforme. De resto, é um facto que a urgência pressupõe a concretização da técnica da sumariedade e que esta técnica também pode ser concretizada por diversos instrumentos em processos especiais, servindo, em suma, outros valores distintos (2.).

De qualquer modo, cumpre reforçar que, ao longo dos tempos, o ligamento entre a tutela sumária e a urgência sempre foi evidenciada pela ciência do direito processual ⁽¹³⁸¹⁾. Integrada no domínio específico dos processos clas-

⁽¹³⁷⁸⁾ Sobre esta tema, vd. L. LANFRANCHI, «“Pregiudizi illuministici...”», cit., pp. 18, 22, 24 e 25.

⁽¹³⁷⁹⁾ Sobre este assunto, vd. N. PICARDI, «Lavori per la riforma...», cit., pp. 700 ss.; G. WALTER, «I diritti fondamentali nel processo civil tedesco», RDProc., 2001, pp. 733 ss.

⁽¹³⁸⁰⁾ Sobre este assunto, L. LANFRANCHI, «“Pregiudizi illuministici...”», cit., p. 25.

⁽¹³⁸¹⁾ Neste sentido, vd., por exemplo, V. COLESANTI, «Principio del contraddittorio...», cit., pp. 599 ss.

sificados como cautelares, isto é, nos processos acessórios e instrumentais, céleres e simplificados, no âmbito dos quais é normalmente emitida uma decisão provisória, com vista a acautelar a efectividade de uma sentença de mérito a proferir no processo principal, a tutela sumária foi sendo concretizada nos sistemas latinos com características mais ou menos semelhantes, já que a tutela sumária foi configurando uma forma prioritária e típica para tutelar a urgência correspondente ao *periculum in mora*. E, sendo considerada como tutela sumária especial, a sumariedade cautelar a que corresponde o vocábulo latino *summaria cognitio* foi encerrando diversas especialidades, integrando um sentido procedimental e cognitivo. Também, por isto mesmo, tenha sido mais fácil estudá-la. Em abono da verdade, o estudo mais uniforme da *summaria cognitio* tem sido realizado no campo da tutela cautelar e no contexto do princípio da tutela jurisdicional efectiva. E, finalmente, cumpre também fazer sobressair a ideia de que no sistema francês e no alemão é ainda a urgência que determina a existência de processos sumários, sendo esta expressão entendida em dois sentidos. Num desses sentidos, enquanto processo sumário de cognição sumária, é a urgência correspondente ao *periculum in mora* que determina as especificidades da realização e apreciação de prova e de julgamento provisório da *quaestio iuris*.

Ainda assim, mesmo no âmbito de cada sistema processual, a diferenciação entre os conceitos de «processo sumário», «de cognição sumária» e «de juízo sumário» continua a ser realizada sem que os critérios que são invocados para o efeito sejam universalmente aceites como válidos⁽¹³⁸²⁾. Compreende-se, por isso, que, pese embora o usual reconhecimento de uma ligação obrigatória entre a urgência e a *summaria cognitio*, haja, ainda assim, diferentes entendimentos sobre a natureza jurídica e a amplitude desta forma sumária de decidir e haja diferente posição sobre aquilo que separa o sistema da *summaria cognitio* do sistema da *cognitio plena* (3).

1. A sumariedade

São vários os tipos de instrumentos que permitem chegar à tutela sumária, sendo maior, por isso, a dificuldade em definir univocamente aquilo que é o «processo sumário» e aquilo que é a «cognição sumária». Geralmente, diz-se que a especialidade do processo sumário decorre exactamente do desvio ou diferença que contém perante o processo de cognição tido como comum ou ordinário (ou processo-regra), sendo que essa divergência tanto pode atender à abreviação dos termos processuais e à aceleração na definição da controvérsia

(1382) Sobre este assunto, vd. N. PICARDI, «Lavori per la riforma...», cit., p. 732.

como pode depender de outro tipo de aspectos. Também o conceito de *summaria cognitio* é complicado de definir, principalmente se tivermos em conta que na variedade dos estudos realizados, muitos são os pontos de partida (e as perspectivas de estudo) mas poucos são os pontos de chegada, dada a falta de comunicabilidade entre os estudos realizados ⁽¹³⁸³⁾. De qualquer modo, a cognição sumária foi sendo definida em sentido oposto ao de cognição plena.

Assim, em primeiro lugar, cumpre notar que aos processos sumários foi sendo reconhecido, ao longo dos tempos, um conjunto de aspectos característicos variáveis: abreviação dos trâmites processuais e aceleração na resolução da controvérsia, simplificação de actos processuais, sendo que a *sumariedade* da cognição foi sendo entendida como «redução da cognição do juiz» (CHIOVENDA) ⁽¹³⁸⁴⁾ ou como cognição que, se não tende à formação de um juízo de menor qualidade, pelo menos tende à formação de um juízo de intensidade inferior àquele que proporciona a cognição plena (CALAMANDREI). Na verdade, na aceção comum o termo «sumariedade» foi sendo empregue como sinónimo de «simplificação», implicando necessariamente ter como ponto de referência um modelo com o qual estabelecer um confronto, sendo que, neste sentido, o processo (ou procedimento) sumário não seria senão um processo (ou procedimento) simplificado e abreviado por contraste com o processo ordinário ou processo comum. Assim, tal como a cognição sumária, esta foi sendo considerada como uma cognição simplificada, reduzida e incompleta em relação àquela que é a cognição regra: a cognição completa ou plena. Percebe-se, assim, que vulgarmente seja indiferente falar de «processo sumário» ou de «cognição sumária», uma vez que os vocábulos são invocados como sinónimos e são também perigosamente associados ao «accertamento sommario» ou ao juízo sumário ou juízo que se opõe ao pleno. De qualquer modo, não obstante nem sempre andarem associados à urgência, a tutela de urgência anda sempre associada a estes conceitos.

E, em abono da verdade, tanto é antiga a associação entre a urgência e aqueles conceitos como a terminologia utilizada em torno da tutela sumária remonta também a tempos antigos. Com efeito, no direito romano previa-se os *interdicta*. E, segundo SEBASTIÃO CRUZ, «um *interdictum* [é] uma ordem sumária, dada pelo pretor baseada no seu *imperium*, para resolver de momento uma situação que tem a protegê-la pelo menos uma aparência jurídica (*fumus boni iuris*), ficando porém essa ordem condicionada a uma possível apreciação ulterior» ⁽¹³⁸⁵⁾. Também M. KASER nos dá conta da existência no direito

⁽¹³⁸³⁾ Neste sentido, L. LOMBARDO, «Natura e caratteri...», cit., p. 478.

⁽¹³⁸⁴⁾ Neste sentido, A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., p. 231.

⁽¹³⁸⁵⁾ Segundo Sebastião Cruz (*Direito ROMANO (Ius Romanum)*, I, 4.^a ed., Coimbra, 1984, pp. 327 ss.), o *interdictum* era concebido a pedido de um interessado ou, em caso de

romano clássico e pós-clássico de modalidades de tutela sumária, modalidades que este autor também compara às *einstweilige Verfügungen* previstas no actual direito processual civil alemão. Assim, o *interdictum* «é um instrumento que procura satisfazer o demandante de forma mais expedita». Depois de este ter apresentado a sua pretensão e o seu pedido, o pretor (após exame dos respectivos pressupostos) dirige ao intimado uma proibição (*prohibitoria*) ou uma ordem de restituição (*restitutoria*) ou de exibição (*exhibitoria*), sendo que ambas têm em vista a efectivação da pretensão do autor, isto é, manter ou restabelecer a situação jurídica privada que o autor reclama como conforme ao direito. Se o demandado se submete voluntariamente ao interdito, acatando a proibição ou a ordem, o autor consegue o seu objectivo sem haver litígio. Se pelo contrário, não acata a proibição ou desobedece à ordem, inicia-se, a pedido do autor, um litígio que conduz à sentença do jurado e à execução forçada⁽¹³⁸⁶⁾. Mas, a técnica da tutela sumária era também contemplada no direito romano na figura da *cautio damni infecti*⁽¹³⁸⁷⁾.

Também, as figuras de tutela sumária previstas actualmente entre nós têm as suas origens em tempos longínquos. Assim, e «sem entrar na polémica dos que pretendem encontrar as raízes do arresto no período anterior ao século XV [, segundo RITA CRUZ,] não restam dúvidas de que este instituto vem retratado nas Ordenações Afonsinas, mantendo-se na posterior evolução *ordenativa* até às Ordenações Filipinas», sendo que a equivalência da expressão *arresto* e embargo iria permanecer até ao Código de Processo Civil de 1876⁽¹³⁸⁸⁾.

Voltando um pouco atrás, cumpre reforçar a ideia de que a cognição sumária não é um tipo de cognição que tenha sido inventada nos nossos dias e que apenas na actualidade esteja ao serviço da tutela das *situações-de-*

interesse público, a pedido de qualquer cidadão, sendo que esses *interdicta* se denominavam *interditos populares*. Enfim, esta figura, que tinha um papel relevante no domínio da posse, desdobrava-se em diversas modalidades de interditos: «exibitórios, restitutórios e proibitórios.

⁽¹³⁸⁶⁾ Sobre este assunto, vd. M. KASER, *Römisches Privatrecht*, München, 1992 (há uma tradução de S. Rodrigues/F. Hämmerle, editada pela Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999, pp. 462 ss.).

⁽¹³⁸⁷⁾ Sobre este assunto, vd. G. CHIOVENDA, «Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva (1915)», in: *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, pp. 121 ss.; B. BIONDI, «Summatim cognoscere» (1921), in: *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965, pp. 721 ss. Sobre a tutela sumária e em especial sobre o direito ROMANO, vd. G. BRANCA (*Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto ROMANO*, Padova, 1937), cujo estudo revela que a tutela sumária em matéria *lato sensu* documental tem origem na *cautio damni infecti*. Sobre a história dos processos sumários no sistema da *Common Law*, vd., fundamentalmente, G. GORLA, «Provvedimenti sommari nel diritto anglo-americano», *RDProc.*, 1967, pp. 56 ss.

⁽¹³⁸⁸⁾ A este propósito, vd. RITA B. CRUZ, «O arresto...», cit., pp. 144 ss.

-urgência. Bem pelo contrário, esta modalidade remonta a um período em que decidir significava fundamentalmente *summatim cognoscere*. Aliás, a prova sumária tanto é antiga como é antiga a discussão mantida na ciência do direito processual em torno da sua natureza e das suas características⁽¹³⁸⁹⁾. Assim, a doutrina alemã do século XIX discutiu largamente a estrutura e a amplitude deste tipo de produção e apreciação de prova, tendo-se a este propósito formado na ciência alemã duas correntes opostas — não obstante ambas as correntes terem procurado sedimentar no direito romano a definição de *summatim cognoscere*. Assim, de acordo com a posição maioritária da doutrina, *summatim cognoscere* outra coisa não poderia significar senão a substituição da necessária certeza pela simples probabilidade («blosse Wahrscheinlichkeit») e, para outra corrente, esta expressão seria sinónimo de *prima facie cognition*, sendo que, para ambas as correntes, a expressão não podia ser sinónimo de processo sumário.

Também a escola italiana do início do século XX não desconhecia o conceito de cognição sumária e de *prima facie cognitio*, tendo COGNILIO, por exemplo, justificado o seu emprego no âmbito dos processos cautelares. Aliás, para o autor a *prima facie cognitio* correspondia ao conceito já existente no direito italiano *d'informatio iudicis* e de *probatio* e ao conceito alemão (da altura) de *Bescheinigung*. Para o Professor de Catania, este conceito alemão, que poderia traduzir-se pela expressão italiana «verosimiglianza», corresponderia a «exame sumário do juiz, realizado sem obrigação de observar as normas prescritas sobre a instrução e sobre prova e com a faculdade de [este] recolher informações de modo que [considerasse] mais adequado»⁽¹³⁹⁰⁾.

Enfim, pelo que se percebe, se ao longo dos tempos a urgência foi sendo associada à *summaria cognitio*, ainda assim, esta expressão nem sempre foi entendida uniformemente, tendo existindo alguma confusão terminológica entre os conceitos de «cognição sumária» e de «processo sumário». E, na verdade, como já vimos, para falar deste fenómeno da *sumariedade*, a doutrina alemã do século XIX utilizava duas expressões diferentes: a expressão «processos sumários determinados» («bestimmte summarische Prozesse») e a

⁽¹³⁸⁹⁾ A propósito da definição da expressão *summatim cognoscere* no direito ROMANO, vd. D. SIMON, «Summatim cognoscere...», cit., pp. 142 ss. O autor considera que no direito ROMANO *summatim cognoscere* não tinha nada em comum com processo sumário. Aquela expressão correspondia a «vorläufige, nicht präjudizierende cognitio». Também N. T. GÖNNER (*Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, Erlangen, 1801, IV, pp. 317 ss.) evidenciava a dificuldade em indicar características da prova sumária e falava de uma «höchst schädlichen Lücke in den Gesetzen, deren Ausfüllung dem Rechtslehrer schwer ist, weil es seinen Behauptungen an einer streng bindenden Unterstützung der Gesetze mangelte».

⁽¹³⁹⁰⁾ Neste sentido, vd. A. CONIGLIO, «La riforma del sistema cautelare...», cit., p. 18.

expressão «processos sumários indeterminados ou acelerados» («unbestimmtes summarisches Verfahren»), sendo que a urgência estava conectada fundamentalmente com os primeiros, isto é, com os processos de cognição especial, cujas características eram desde logo determinadas pelo legislador (também) por razões de urgência ou de *periculum in mora* (1391). E, na mesma altura, os italianos destacavam perante o processo ordinário a existência de um «procedimento sommario», previsto no Código de 1865, que se caracterizava por um particular «modus procedendi» perante o ordinário — já que incluía a «citazione ad udienza fissa» — e a existência «dei c.d. accertamenti con prevalente funzione esecutiva», agrupáveis também sob a designação de processo «sommario semplice», que eram distintos estruturalmente dos demais, porque neles se realizava uma cognição sumária, sendo certo que a doutrina da altura distinguia esses processos dos processos cautelares pela diversa função que estes visavam realizar. Neste quadro, o primeiro tipo, o *sommario ad udienza fissa*, era individualizado como processo sumário de cognição plena, tendo até 1901 acudido apenas «l'estremo dell'a urgenza della decisione» (1392), e os do segundo tipo eram caracterizados como processos especiais de cognição sumária, porquanto o tipo de *accertamento* que neles era realizado era ou «não definitivo», ou «parcial» ou «superficial».

Como se percebe, ao longo da história, os sistemas processuais têm integrado processos sumários que são previstos tanto para acudir a situações de urgência como para acudir a outros valores. Assim, no sistema Inglês, por exemplo, ainda antes da *Order XIV* da *Supreme Court of Judicature* de 1937, que veio prever o *summary judgment*, eram consagradas figuras especiais sumárias para obter a condenação do devedor no pagamento de uma quantia pecuniária, figuras que remontam, designadamente, ao século XII. De entre estas modalidades especiais de processos sumários consta a *action of debt*, que é o processo mais antigo e que se podia desdobrar numa acção com vista a obter de modo expedito o pagamento de uma quantia pecuniária certa, *debt*, ou a entrega de uma coisa, *detinue*. Em termos de prova, se o *summary judgment* de 1937 (que em 1964 sofreu a primeira alteração) resulta fundamentalmente do conjunto significativo de poderes discricionários do juiz («Master of Rolls») quanto à realização de prova (1393) — podendo o juiz dispensar ou não o juramento («affidavit») e condenar antecipadamente o intimado se

(1391) Para mais desenvolvimentos e bibliografia sobre este tema, vd. A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 232 a 234, esp. nota 144.

(1392) Sobre estes conceitos, vd. G. TARZIA, «Retrospectiva sulla vicenda del procedimento sommario», *RDProc.*, 1987, pp. 532 ss.; S. GALGANO, «La scomparsa del procedimento sommario in Italia e le sue cause», *Rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1925, pp. 27 ss.

(1393) Sobre este assunto, G. GORLA, «Procedimenti sommari...», cit., pp. 57 ss., esp. p. 60.

existisse prova documental indiscutível ou se os factos alegados pelo intimado não representassem uma razoável defesa, em termos de direito e de facto, isto é, se não configurassem uma *prima facie defense* («sham plea») —, na *action of debt* a sumariedade resulta fundamentalmente das declarações sob juramento. Assim, neste caso, o intimado podia socorrer-se do *wager of law*, isto é, um tipo de juramento em que este assegura que *nihil debet*, sendo que, mais tarde, este foi abolido e substituído pelo *trial by iury*, prevendo-se que se o intimado não comparecesse era imediatamente condenado por sentença definitiva. Em meados do século XIX, por pressão dos banqueiros de Londres, que consideravam o *wager of law* um procedimento muito mais rápido do que a realização de prova perante o *iury*, foi instituída uma figura mais expedita, um *summary judgment* contida na «Summary Procedure on Bills of Exchange Act», de 1855, sendo que o autor para obter o pagamento de uma quantia pecuniária deveria apresentar um *affidavit*, um tipo de afirmação sob juramento, devendo o intimado para deduzir oposição e defesa apresentar igualmente o *affidavit* de que a sua afirmação seria verdadeira, sendo que ambas as afirmações sob juramento eram penalmente tuteladas, podendo dar lugar ao *perjury*. O intimado, em vez de jurar, poderia apresentar em tribunal uma quantia pecuniária sob a forma de depósito⁽¹³⁹⁴⁾. Hoje em dia, e de acordo com a disciplina decorrente das novas *Rules of civil procedure de 1998*, a possibilidade de o juiz emitir uma sentença sumária continua a ser prevista, tendo por base as declarações das partes sob juramento («*affidavit*»): «que o autor não tem uma séria possibilidade de vencer a causa» ou que «o demandado não tem qualquer possibilidade séria de se defender com sucesso da demanda», isto é, que «uma das partes não tem uma séria perspectiva de sucesso na causa («no real prospect of success at trial», sendo que a decisão provisória proferida no âmbito do *summary judgment* pode adquirir a *res judicata* ⁽¹³⁹⁵⁾).

Resulta do que enunciámos que a urgência tanto surge associada aos processos sumários como os processos sumários podem ser previstos por razões distintas da urgência. Aliás, na actualidade, as dissertações habituais da ciência italiana do direito processual sobre estas figuras ultrapassam claramente o domínio estrito da urgência. Assim, surgem, por um lado, em torno do modelo processual desenhado no artigo 669-*sexies* c.p.c., sendo este caracterizado como um modelo típico da «cognição sumária cautelar», e surgem, por outro, associadas a *processos sumários decisórios especiais* e a pro-

⁽¹³⁹⁴⁾ Sobre este assunto, e a propósito da influência destas figuras nas previstas nos E.U.A., vd. G. GORLA, «Procedimenti sommari...», cit., pp. 63 ss.

⁽¹³⁹⁵⁾ Neste sentido, R. CAPONI, «La tutela sommaria...», cit., p. 1379.

cessos (ou procedimentos) com função antecipatória *tout court*, que com a linguagem tradicional se poderiam agrupar nos «procedimenti con prevalente funzione esecutiva». Para alguns autores, como veremos, parte destes processos sumários concretizam modalidades distintas de tutela sumária, sendo possível afirmar a existência de processos de cognição sumária não cautelar e processos de cognição sumária cautelar ⁽¹³⁹⁶⁾. Enfim, tendo em conta que o código de processo civil italiano reserva para os processos sumários o Título I, do Livro IV, consagrando no mesmo título tanto os processos sumários cautelares (cap. III) como outros processos sumários especiais, fácil é perceber que a maioria da doutrina empregue a expressão *sumariedade* tanto para qualificar o procedimento sumário como para classificar a cognição sumária, unindo estas duas perspectivas e os conceitos também ⁽¹³⁹⁷⁾. É verdade que a junção já foi considerada «insidiosa» para uma correcta definição do conceito de «*summaria cognitio*» ⁽¹³⁹⁸⁾. E mais adiante veremos porquê.

Cumprir notar, pois, que a *sumariedade* é mais uma técnica ao serviço da urgência. E, em termos de princípio, o relacionamento entre a urgência e a *sumariedade* sempre encontrou no sistema francês o casamento quase perfeito. De facto, o panorama legislativo francês desde muito cedo que contempla processos especiais para tutelar a urgência, pese embora a regulação dos finais do século XIX ser pouco precisa e muito vaga a este propósito. Com efeito, GARSONNET dá-nos conta da existência do processo de «citação para audiência fixa por razões de urgência», sendo que a autorização da citação realizada pelo presidente do tribunal obedece a prazos e termos abreviados, estabelecendo o dia preciso da comparência ⁽¹³⁹⁹⁾. Mas, o laço existente entre a urgência e a *sumariedade* é ainda mais intenso e mais antigo se o associarmos à figura do «Haro», cuja fórmula completa da época seria, «*haro, mon Prince, on me fait tort!*». Assim, de acordo com esta modalidade de pedido de socorro, cuja origem remonta à Lei das Doze Tábuas ou a uma figura anglo-saxónica, dependendo das opiniões, poderia alguém que se encontrasse em situação de perigo exigir a presença do ameaçador perante um juiz para que este em audiência tomasse as medidas adequadas. Com o passar do tempo, aquela modalidade de tutela veio a ganhar importância e veio a ser integrada na *Coutume de Normandie* (1781), sendo possível, a partir de então, emitir uma

⁽¹³⁹⁶⁾ A este propósito, vd., designadamente, G. ARIETA/F. DE SANTIS/L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, 2.^a ed., Padova, 2005, pp. 137 ss.

⁽¹³⁹⁷⁾ Neste sentido, vd., por exemplo, E. GARBAGNATI, «Procedimento sommario di opposizione a decreto d'ingiunzione», *RDProc.*, 1968, pp. 14 ss.

⁽¹³⁹⁸⁾ L. LOMBARDO, «Natura e caratteri...», cit., p. 479.

⁽¹³⁹⁹⁾ Invocamos os excertos do texto de GARSONNET (*Traité*, III, p. 267), a partir de S. GALGANO, «La scomparsa del procedimento sommario...», cit., pp. 30 e 31.

medida de urgência em favor de quem se sentisse ameaçado na sua pessoa ou nos seus bens, servindo assim esta medida de decisão prévia à decisão que viesse a ser ditada definitivamente em matéria da posse dos bens. Enfim, da figura de «haro» à de *référé* foi um passo. Esta descende, na verdade, daquela e, pese embora só ter sido legalmente contemplada no domínio do processo civil em 1806, a sua existência remonta a séculos anteriores e à jurisprudência do *Châtelet de Paris*. E, destas figuras aquilo que cumpre salientar é o carácter especial, informal e rápido de as entidades competentes decidirem em situações de urgência.

Na actualidade, e neste específico contexto da urgência (em sentido restrito), sobressai, em primeiro lugar, a figura das «ordonnances sur requête» que, nos termos do artigo 493 do NCPC, se traduz em decisões provisórias decretadas pelo Presidente do *Tribunal de Grande Instance* (TGI), sem contraditoriedade (nos termos do artigo 812 do NCPC) ⁽¹⁴⁰⁰⁾. A figura mais importante é desempenhado pela figura do *référé*, uma modalidade de tutela sumária que a legislação mais recente tem vindo a ampliar e a multiplicar, sendo que o *référé*, enquanto processo sumário, se tem vindo a mostrar apto para realizar mais funções e valores do que apenas a da tutela de urgência *tout court*. De qualquer modo, este mecanismo constitui ainda o processo sumário comum de urgência que se desdobra em vários tipos de *référé* — *référé* preventivo, *référé-provision*, *référé-injonction* e *référé probatoire* (artigo 145 do NCPC). Aliás, pese embora o seu decretamento não depender do pressuposto específico da urgência *tout court*, já que o legislador não estabelece expressamente a urgência como condição ou pressuposto autónomo, ainda assim, estes tipos de processos sumários respondem ao factor urgência. São fundamentalmente processos sumários que desembocam em decisões sumárias, através das quais se restabelece de forma rápida o direito aparente ou se permite a realização antecipada de prova ⁽¹⁴⁰¹⁾.

Enfim, mais recentemente, o legislador francês tem vindo a criar novas modalidades de tutela acelerada e simplificada. E, na verdade, não obstante «la procédure sur requête» e o processo de *référé* constituírem os processos prioritários para tutelar a urgência *tout court*, o NCPC contempla outros proces-

⁽¹⁴⁰⁰⁾ Com efeito, nos termos do artigo 493 do NCPC, esta decisão é definida como «*Une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse*». E o artigo 812 dispõe que o Presidente do TGI: «*peut ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent le pouvoir qu'elles ne soient pas prises contradictoirement*».

⁽¹⁴⁰¹⁾ A este propósito, vd. A. LACABARATS, «La compétence des juges des référés», in: *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de S. GUINCHARD, Paris, 2002, pp. 185 ss. e 601 ss.

sumários especiais, que ESTOUP designa como *procédures rapides*. Estes processos especiais, não obstante não pressuporem uma situação de urgência *tout court*, proporcionam uma solução relativamente célere para determinados conflitos. Estes processos são «*les procédures à jour fixe ou abrégées*» e a «*procédure d'injonction de payer et de faire*», que ao contrário daqueles primeiros são processos «au fond», constituem, respectivamente, variações do processo ordinário perante o TGI e a *Cour d'Appel* e processos especiais simplificados para obter o pagamento de uma pequena quantia ou o cumprimento de uma prestação. Através deles, é possível obter uma decisão definitiva tanto quanto possível em tempo rápido, tendo para o efeito sido realizado um procedimento instrutório simplificado ⁽¹⁴⁰²⁾.

2. A sumariedade não cautelar

Pelo que apontámos nas considerações anteriores, a técnica da sumariedade é empregue tanto para tutelar a urgência como para obter, de forma simplificada e abreviada, a satisfação de um direito que alguém — o detentor de uma prova inequívoca ou aquele que jura ter razão — reivindica ser titular. Ora, o recurso crescente a figuras processuais simplificadas e aceleradas de realização de tutela jurisdiccional pode surgir também no contexto da técnica da sumariedade. E também este fenómeno contribui para a dificuldade já existente em definir o conceito de sumariedade. A este acrescenta-se o da ausência de tratamento sistemático por parte da ciência processual ⁽¹⁴⁰³⁾. Os

⁽¹⁴⁰²⁾ A este propósito, vd. P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides...*, cit., p. 3.

⁽¹⁴⁰³⁾ A propósito das medidas cautelares que produzem efeitos inovativos e antecipatórios e que permitem a satisfação da pretensão deduzida no processo principal, tais como as medidas de alimentos provisórios e a medida de pensão provisória a favor das vítimas de acidentes decorrentes de uso e circulação de veículos automóveis, M. ORTELLS RAMOS/M. P. CALDERÓN CUADRADO (*La tutela judicial cautelar en el Derecho español...*, cit., pp. 13 e 14) referem que «los supuestos de previsión expresa de medidas cautelares con clase de efectos son excepcionales y no parece correcto patrocinar que las normas que confieren al juez poderes discrecionales para configurar los efectos de medidas cautelares se utilicen para ampliar desmesuradamente los supuestos de medidas satisfactivas (aunque esta ha sido la tendencia moderna do Derecho comparado, tal vez por la crisis de la tutela declarativa ordinaria. En realidad este tipo de medidas constituyen un cuerpo extraño, difícil de encajar en el sistema de medidas cautelares, hasta el punto de que parte da doctrina no acepta que tengan esa naturaleza y propone para las mismas incluso una diferente denominación. A mi juicio, aunque debe mantenerse el criterio restrictivo en cuanto a la aceptación de tales medidas, las que existan deben considerarse cautelares si concurre en ellas la instrumentalidad que las vincula a un proceso sumario autónomo (que es la otra técnica disponible para el legislador cuando estima necesaria una tutela urgente)» (subl. nosso). A este propósito, vd. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal...*, cit., p. 580; M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas...*, cit., pp. 73 a 93.

estudos sobre os processos sumários são realizados a partir de diferente perspectiva e sem que entre eles haja comunicabilidade. Por exemplo, tendo em conta a dogmática italiana, podemos evidenciar sumariamente que CHIOVENDA estudou os processos sumários na categoria de «*accertamenti con prevalente funzione esecutiva*», mas a teoria inserida em tal estudo não se considera suficiente para continuar a servir de base a uma actual classificação. CALAMANDREI realizou o primeiro estudo sistemático sobre os processos (sumários) cautelares, tendo para o efeito estabelecido como critério de distinção o da função do processo e da decisão nele emitida, sendo que tal critério se foi revelando, principalmente na actualidade, como pouco preciso. Há vários estudos recentes sobre os processos sumários em sentido amplo, designadamente de LANFRANCHI e de CARRATTA. Este último autor, como já vimos, fê-lo a partir da perspectiva da «tutela antecipatória»⁽¹⁴⁰⁴⁾ e tendo como preocupação distinguir e classificar como categoria certas figuras previstas no panorama legislativo italiano, tendo o autor considerado o seu estudo necessário por causa da atitude «esquizofrénica» do legislador, já que este nem sempre se serve das melhores técnicas e às vezes as combina erradamente⁽¹⁴⁰⁵⁾. De qualquer modo, o autor não inclui no objecto de estudo os processos sumários cautelares e os processos sumários decisórios. Assim, continua a faltar um estudo sobre a categoria dos processos sumários e em especial sobre os sumários urgentes não cautelares, pese embora os contributos dados respectivamente por LANFRANCHI e PROTO PISANI. Com feito, no quadro de alterações significativas no panorama legislativo italiano, a partir da década de 70/80, caracterizada pela utilização da tutela cautelar como remédio para assegurar toda a tutela urgente e pela necessidade de prever uma «tutela diferenciada» para domínios especiais, este autor procurou associar a tutela sumária à urgência. De qualquer modo, no sistema italiano está ainda por realizar um estudo sistemático sobre esta técnica, enquanto instrumento concretizador do princípio da tutela jurisdicional efectiva e da garantia do prazo razoável e enquanto

⁽¹⁴⁰⁴⁾ A este propósito, vd. A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 229 ss.

⁽¹⁴⁰⁵⁾ Esta é a crítica que A. PROTO PISANI («La tutela sommaria...», cit., pp. 331 e 332) faz ao legislador italiano: por um lado, «*de iure condito* — esaminando le ipotesi tipiche di procedimenti urgenti, cautelari o no — non può non rivelarsi un atteggiamento per così dire schizofrenico del nostro legislatore; il ricorso tipico a procedimenti sommari è stato effettuato prevalentemente con riferimento ad ipotesi che strutturalmente meno oggi giustificerebbero il ricorso a questa specie di tutela (...)». Por outro lado, «è da notare che in questi ultimi anni si è verificata una certa qual inversione di tendenza; il legislatore ha cominciato a predisporre forme tipiche di tutela urgente a favore di situazioni di vantaggio a contenuto e /o funzione non patrimoniale (...), anche se ha dato chiari segni di incapacità ad affrontare i molti nodi tecnici implicati dal ricorso alla tutela sommaria».

técnica ao serviço da urgência ⁽¹⁴⁰⁶⁾. Enfim, como se percebe desta introdução, a ciência processual pode tratar o mesmo fenómeno a partir de diferente perspectiva de estudo ⁽¹⁴⁰⁷⁾. Com PROTO PISANI, a cognição sumária é enquadrada no contexto da tutela jurisdiccional efectiva e a propósito da urgência. Depois, com LANFRANCHI, os processos sumários são inseridos no domínio da antecipação da realização do direito, tendo fundamentalmente por função responder a razões de economia processual e não de urgência.

Não se ignora, contudo, que muita da complexidade existente em torno dos conceitos de processo sumário e cognição sumária decorre do facto de estas figuras servirem outros valores e realizarem finalidades distintas das que dão prioridade à tutela de urgência. Com efeito, os instrumentos de tutela sumária tanto são concretizados por razões de efectividade da tutela jurisdiccional, especialmente, quando está em causa a protecção de direitos envolvidos numa situação de urgência, como por outros imperativos, designadamente, o da economia processual **(2.1.)**. Em abono da verdade, os instrumentos de tutela sumária têm vindo a traduzir-se numa «fuga» ⁽¹⁴⁰⁸⁾ e numa alternativa aos denominados ordinários ⁽¹⁴⁰⁹⁾, fenómeno que, como se afirmou, sendo utilizado como instrumento de aceleração e simplificação, não é acolhido com agrado, porque é visto como um atentado às garantias processuais das partes, *maxime* ao princípio do pleno contraditório **(2.2.)**.

⁽¹⁴⁰⁶⁾ Sobre este assunto, vd. N. PICARDI, «Lavori per la riforma...», cit., pp. 700 ss.; A. SALETTI, «Il procedimento sommario nelle controversie societarie», RDProc., 2003, pp. 467 ss.

⁽¹⁴⁰⁷⁾ Em Espanha os processos sumários são vistos como uma técnica alternativa. A este propósito M. P. CALDERÓN CUADRADO (*Las medidas...*, cit., pp. 78) refere que «tradicionalmente la urgencia ha sido en parte solucionada a través de la creación en España abundantísima de procesos sumarios. Con ellos, se hizo frente a determinadas necesidades sociales que precisaban de una reducción temporal del proceso que las resolvía. La manera de realizarlo fue relativamente sencilla, se limitaba el contenido de la contienda a un aspecto concreto del litigio existente entre las partes, admitiendo en cierto modelo que pudiera llamarse justicia provisional». E a autora cita MONTÓN (*Procedimientos civiles especiales*, I, Salamanca, 1982, p. 16) que a propósito dos processos sumários escrevera: «se trata de una serie de procedimientos cuya característica común podría encontrarse en la urgencia de su resolución». E cita ORTELLS (*Derecho jurisdiccional...*) que a este propósito mencionara: «estamos pues ante otra técnica utilizada por el legislador para prestar tutela de carácter urgente. El camino era doble, o bien se mantenía el proceso ordinario, permitiéndose dentro de él acceso a una medidas cautelares suficientes para que la sentencia fuera efectiva, o bien se creaba un proceso, o procesos, de carácter sumario que posibilitaran decisiones provisionales pero rápidas. En uno y otro caso los efectos finales serán los mismos, una resolución provisional de carácter anticipatorio, sin embargo, funcional y estructuralmente son instituciones diferentes» (subl. nosso).

⁽¹⁴⁰⁸⁾ Sobre este assunto, vd. B. CAPPONI, «Le “informazioni” del giudice...», cit., pp. 911 ss., esp. p. 943.

⁽¹⁴⁰⁹⁾ A este propósito, vd. A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 229 ss.

2.1. Não há dúvida de que o autor que melhor relaciona a sumariedade com a tutela urgente e com o princípio da tutela jurisdicional efectiva é PROTO PISANI ⁽¹⁴¹⁰⁾, tendo mesmo afirmado que a técnica da sumariedade é uma das técnicas de que o legislador de todos os tempos se serviu para assegurar a eficácia da justiça ⁽¹⁴¹¹⁾ e que «recuperar hoje a tutela sumária não significa andar para trás na história» ⁽¹⁴¹²⁾, tanto mais quanto, num momento de crise da justiça civil, ela configura uma importante panóplia de soluções — soluções que podem contemplar limitações pontuais às garantias processuais, quando estas se revelam como excessivas, caras, desnecessárias e burocráticas, *id est*: quando se revelam como causa de ineficiência da justiça ⁽¹⁴¹³⁾. PROTO PISANI justifica veemente a sua adopção, mormente, em processos destinados a proteger direitos cujo diferimento da tutela jurisdicional é susceptível de causar danos irreparáveis — direitos que ele sintetiza através da seguinte fórmula: «direitos com conteúdo e/ou função (exclusiva ou prevalentemente) não patrimonial». Para o autor, o *proprium* da tutela sumária encontra-se tanto na sua estrutura como na sua função ⁽¹⁴¹⁴⁾, descobrindo-se por contraposição com a técnica da cognição ordinária, que é «plena» e «exaustiva», que é aquela que está contemplada no âmbito da acção dita ordinária ou comum e que se caracteriza por um conjunto de aspectos, sendo que, neste sentido, fácil é para PROTO PISANI concluir que a técnica da cognição plena e exaustiva é de entre as várias técnicas concretizadas no ordenamento jurídico aquela que é mais sofisticada, mais cuidadosa, mais segura e mais cara. Neste contexto, e numa perspectiva de confronto, afirma o autor que falta à técnica da tutela sumária certas características que aquela possui ⁽¹⁴¹⁵⁾. A tutela sumária

⁽¹⁴¹⁰⁾ A este propósito, vd. A. PROTO PISANI, «Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega», FI (Parte V), 1981, pp. 226 ss., esp. pp. 234 ss.; IDEM, «La tutela sommaria...», cit., pp. 311 ss.; IDEM, «Usi e abusi della procedura camerale ex artigo 737 ss. do c.p.c (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)», in: RDC, 1990, pp. 393 ss., esp. pp. 418 a 420.

⁽¹⁴¹¹⁾ Neste sentido, A. PROTO PISANI, «La tutela sommaria...», cit., p. 310.

⁽¹⁴¹²⁾ A este propósito, vd. A. PROTO PISANI, «Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata», in: *Appunti sulla Giustizia Civile*, Bari, 1982, p. 266.

⁽¹⁴¹³⁾ Cfr. fundamentalmente com o estudo de L. LANFRANCHI, «Procedimenti decisorii sommari», in: *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Vol. XXIV, Roma, 1991, p. 27. E vd. tb. F. CARPI, «La tutela d'urgenza...», cit., pp. 680 ss., esp. p. 698.

⁽¹⁴¹⁴⁾ Para uma síntese do pensamento de A. PROTO PISANI, remete-se para o estudo mais completo: «La tutela sommaria...», cit., pp. 310 ss., esp. pp. 345 ss.

⁽¹⁴¹⁵⁾ Assim, é um tipo de cognição regida pelo princípio da audiência contraditória; pela realização do contraditório segundo modalidades predefinidas na lei, de tal modo que a produção de prova e a sua valoração, bem como a repartição dos poderes processuais entre as par-

ria tem uma função específica, escreve PROTO PISANI, que o legislador atende ao disciplinar tais processos, sendo fundamentalmente três as razões que a justificam. *Primo*: evitar às partes e ao Estado-Juiz, incluindo os seus serviços da administração da justiça, o custo do processo de cognição plena e exaustiva quando este não se justifica por não existir um verdadeiro litígio, demonstrável pela existência de uma petição e de uma contestação, apresentadas de forma séria em juízo. *Secundo*: evitar o abuso do direito de defesa (de instrumentos de garantia e de defesa) previstos no processo de cognição plena e exaustiva por parte do demandado, quando este demonstra sumariamente não ter razão. *Tertio*: assegurar a efectividade da tutela jurisdiccional, principalmente em relação a situações de vantagem ou situações relativas a direitos com conteúdo ou função predominantemente não patrimonial, normalmente expostos a prejuízos irreparáveis, isto é, prejuízos não susceptíveis de reparação adequada por via de equivalente monetário, se a tutela jurisdiccional que lhe cabe tiver de aguardar por um processo de cognição plena e exaustiva ⁽¹⁴¹⁶⁾.

No entender do autor, estas causas podem actuar em conjunto ou isoladamente, sendo que, no que respeita ao terceiro motivo pelo qual o legislador recorre à técnica dos processos sumários — «para assegurar a efectividade da tutela jurisdiccional de direitos com conteúdo e/ou função (exclusiva ou prevalentemente) não patrimonial» ⁽¹⁴¹⁷⁾ — PROTO PISANI considera que a técnica dos processos sumários não surge por razões de economia processual, mas para garantir a efectividade da tutela jurisdiccional ⁽¹⁴¹⁸⁾. Perante tal tipo de direitos, a tutela jurisdiccional adequada não pode ser senão urgente, logo

tes, estão definidos em termos de igualdade e estão na lei pré-estabelecidas (ou legalmente tipificados), sendo escasso o poder discricionário do juiz; pelo princípio de que a dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita; pelo princípio da cognição plena e exaustiva, de tal modo que há uma tendencial procura da certeza e da verdade. Em consequência destas características, a sentença, que põe fim a tal acção que pressupõe um *accertamento* pleno que conforma a relação material controvertida, tem força obrigatória de caso julgado, depois de transitada em julgado. Vd. A. PROTO PISANI, «Usi e abusi...», cit., pp. 393 ss., esp. pp. 418 a 420.

⁽¹⁴¹⁶⁾ Para um acompanhamento deste raciocínio, vd., sobretudo, «La tutela sommaria...», cit., pp. 316 ss.

⁽¹⁴¹⁷⁾ Expressão que A. PROTO PISANI («La tutela sommaria...», cit., p. 329) associa a «momenti di libertà (formali o sostanziali) o comunque diretti a soddisfare bisogni primari (non suscettibili di essere soddisfatti altrimenti)».

⁽¹⁴¹⁸⁾ Refere A. PROTO PISANI («La tutela sommaria...», cit., p. 329) que, nesta hipótese, «l'unico criterio rationale che giustifica il ricorso alla tutela sommaria ed impedisce che tale ricorso appaia una ingiustificata compressione del principio di eguaglianza di tutti i cittadini e del diritto di difesa del convenuto, è costituito dal riferimento al *contenuto dei diritti* e alla *natura dei bisogni* che essi soddisfano».

não pode ser senão sumária⁽¹⁴¹⁹⁾, podendo tal sumariedade conseguir-se através do modelo dos processos sumários não cautelares ou através do modelo dos processos sumários cautelares⁽¹⁴²⁰⁾. É neste contexto que PROTO PISANI defende, nessa altura, a criação *de iure condendo* de um processo sumário comum de cognição sumária não cautelar (com função semelhante ao previsto no artigo 700.º c.p.c., que prevê um poder cautelar geral), para garantir, de forma elástica, a tutela jurisdicional efectiva a certos direitos de conteúdo não patrimonial, sempre que a efectividade da tutela jurisdicional não dispensa (e pelo contrário exige) um tratamento de urgência⁽¹⁴²¹⁾.

2.2. A tutela sumária é também tratada por LANFRANCHI — tanto *de iure condito* como *de iure condendo*. No seu estudo da década de noventa, o autor deu particular atenção à relação entre os processos especiais, a sumariedade e a abreviação do processo com vista a proporcionar uma composição jurisdicional de conflitos, sendo certo que o autor também deu especial ênfase aos limites a observar na concretização da sumariedade processual. Aliás, se, já nessa altura, o autor considerou que *de iure condendo* não seria desejável conceber processos de cognição sumária autónomos que conduzissem à ema-

⁽¹⁴¹⁹⁾ Como diz o autor («La tutela sommaria...», cit., pp. 329 e 330): «alla presenza di diritti a contenuto e/o funzione non patrimoniale (...), «una tutela giurisdizionale effettiva non può per definizione non avere carattere urgente, deve cioè prevenire o intervenire nella immediatezza della violazione impedendone la continuazione».

⁽¹⁴²⁰⁾ A. PROTO PISANI («La tutela sommaria...», cit., p. 351) sintetiza o seu conceito sobre «processo sumário com estrutura cautelar» da seguinte forma: «la struttura cautelare, infatti, subordinando il permanere dell'efficacia del provvedimento sommario alla instaurazione di un processo “a cognizione piena ed esauriente” e alla sua non estinzione, e comunque instaurando un nesso di strumentalità necessaria tra provvedimento cautelare e sentenza emanata a termine di un processo “a cognizione piena ed esauriente”, limita notevolmente i rischi intrinseci al ricorso alla tutela sommaria, e limita pertanto (se adeguatamente disciplinata) i rischi (gravissimi) derivanti da un abuso nel ricorso ad una tutela quale quella sommaria che per definizione tende alla verosimiglianza e alla probabilità e non alla verità ed alla certezza».

⁽¹⁴²¹⁾ Para o autor, tal processo deveria ter as seguintes características: a) a possibilidade de, após, iniciado o processo, ser possível a convocação de ambas as partes para comparecerem em audiência, num prazo certo e curto, perante o juiz; b) possível previsão de excepções ao princípio do contraditório, dependendo da vontade discricionária do juiz, o qual pode realizar uma instrução sumária e informal, isto é, uma instrução que não obedeça às mesmas regras previstas para o processo de cognição plena e exaustiva. Segundo o texto de N. PICARDI («Lavori per la riforma...», cit., p. 747), cujo conteúdo gira em torno dos trabalhos de reforma do c.p.c. italiano, apresentados pela Comissão Ministerial, através das duas Subcomissões, a de Milão e a de Roma, na década de oitenta, dá-nos conta de que a Subcomissão Romana, incluiu no seu projecto de reforma o «Procedimento sommario contraddittorio», isto é, este modelo de tutela sumária não cautelar de A. PROTO PISANI. Na realidade, este *tertium genus*, como PICARDI o designa (p. 749), parece não ter vingado.

nação de sentenças definitivas, mais recentemente, o autor retomando o mesmo tema, considerou necessário enquadrar tais processos pelos princípios processuais fundamentais de matriz europeia (*maxime* pelos constantes do artigo 6.º da CEDH) e pelas normas e princípios fundamentais vigentes no direito constitucional italiano e pelos princípios gerais do ordenamento jurídico, entre os quais se realça o princípio do justo processo (*due process of law*), consagrado no artigo 111.º da Constituição e o da efectividade da tutela judicial, consagrado no artigo 24.º, sendo certo que para o autor tais normas confirmam uma «correlação obrigatória» entre a cognição ordinária e processo justo ⁽¹⁴²²⁾.

De qualquer modo, à luz do panorama legislativo italiano, o autor considera que a prolação de sentenças não acontece apenas no âmbito de um processo ordinário, de cognição plena. Pelo contrário, segundo o autor, a sentença pode ser emitida através um tipo de processos sumários, *maxime* através de processos declaratórios sumários autónomos e alguns processos sumários declaratórios não autónomos, *id est* processos que constituem uma espécie do género dos que integram a jurisdição declaratória e possuem a característica da «decisorietà» ⁽¹⁴²³⁾. E, tal como o processo declaratório ordinário ou comum, que também faz parte da jurisdição declaratória, aqueles processos sumários autónomos são normalmente desenhados e configuráveis pelo legislador de molde a poderem desembocar na prolação de uma sentença judicial — «giudicato» — que poderá ser apta a transitar em julgado (formal e material) ⁽¹⁴²⁴⁾. Com efeito, o autor entende que os processos sumários declaratórios, que também poderão desdobrar-se em processos de condenação, constitutivos e de simples apreciação, são distintos dos demais processos, tanto do processo ordinário como dos demais processos sumários, principal-

⁽¹⁴²²⁾ Na verdade, o tema foi tratado por L. LANFRANCHI, «Procedimenti decisorii sommari...», cit.; IDEM, «Riflessioni “de iure condito...”», cit., pp. 7 ss.; IDEM, «Profili sistematici...», cit., pp. 88 ss.; «“Pregiudizi illuministici...”», cit., pp. 16 ss., esp. pp. 20 ss.

⁽¹⁴²³⁾ Com efeito, este autor (L. LANFRANCHI, «Procedimenti decisorii sommari...», cit., pp. 2 ss.) refere que «i procedimenti decisorii sommari sono una delle *species* di tutela espresse dalla giurisdizione contenziosa decisoria. In particolare, tali procedimenti (...) compongono la giurisdizione contenziosa decisoria speciale, che a sua volta, con la giurisdizione contenziosa decisoria ordinaria (...) completa il *genus* della giurisdizione contenziosa stessa, contrapponibile ai *genera* della giurisdizione contenziosa cautelare, della giurisdizione contenziosa esecutiva, della giurisdizione volontaria».

⁽¹⁴²⁴⁾ L. LANFRANCHI («Procedimenti decisorii sommari...», cit., p. 3) diz o seguinte: «i procedimenti decisorii sommari si differenziano dunque dagli altri genera di tutela giurisdizionale appena richiamati essenzialmente per il profilo della decisorietà, vale a dire per la loro natura di tutela giudiziale cognitiva idonea a dar luogo al giudicato formale e sostanziale sui diritti o status».

mente, dos processos sumários cautelares, tanto numa perspectiva funcional como num perfil estrutural, uma vez que aqueles incluem obrigatoriamente duas características: a capacidade para declarar o direito controvertido e a capacidade para declarar o direito definitivamente ⁽¹⁴²⁵⁾. Assim, no que respeita à função dos processos sumários, LANFRANCHI não associa de forma tão radical o princípio da tutela jurisdicional efectiva à cognição sumária. Com efeito, discorda da opinião de que a tutela sumária seja um instrumento que vise remediar os prejuízos que decorrem da demora fisiológica e patológica do processo de cognição plena ⁽¹⁴²⁶⁾, porque para si a função dos processos sumários declaratórios é fundamentalmente a de proceder à antecipação definitiva da resolução do diferendo, não tanto na perspectiva de garantir a plena efectividade da tutela jurisdicional de quem accionou o processo, mas mais na perspectiva de proceder à concretização do princípio da economia processual, mais propriamente de permitir a dispensa do processo ordinário de cognição plena e exaustiva, já que através destes processos sumários o tribunal profere uma decisão judicial que tem idêntica capacidade para vir a decidir definitivamente a causa ⁽¹⁴²⁷⁾.

Enfim, LANFRANCHI realizou um estudo dos processos sumários previstos no ordenamento jurídico italiano e concluiu nessa altura, na década de noventa, que neste sistema, os riscos perante a cognição sumária estariam acautelados, uma vez que *de iure condito* a cognição sumária decisória estava, de uma ou de outra forma, ligada à cognição plena, sendo que o sistema italiano não previa nessa altura processos sumários de cognição sumária autónomos. Aliás, já nessa data, considerou que *de iure condendo* não seria desejável conceber processos de cognição sumária autónomos que conduzissem à emanação de sentenças definitivas, já que seriam processos de cognição contrários ao direito constitucional e aos princípios gerais do ordenamento jurídico. Assim, por um lado, o autor referiu que o ordenamento italiano previa numerosos processos declaratórios sumários, que versariam sobre certa categoria de direitos e *sta-*

⁽¹⁴²⁵⁾ Como escreve L. LANFRANCHI («Procedimenti decisorii sommari...», cit., p. 3): «Nella sua unità, siffatta duplice finalità non è rintracciabile, ripeto, altrove, mancando sempre, quanto meno, la fondamentale compenetrazione dei due momenti appena indicati: mancando, cioè, o la stabilità, o l'anticipazione (quando non mancano entrambe)».

⁽¹⁴²⁶⁾ A. PROTO PISANI, «La tutela sommaria...», cit., pp. 355 ss.

⁽¹⁴²⁷⁾ No texto do autor («Procedimenti decisorii sommari...», cit., p. 3) pode ler-se o seguinte: «la tutela decisoria sommaria adempie ad una finalità sua propria e specifica, non rintracciabile in alcun altro tipo di tutela giurisdizionale, ad incominciare dalla tutela decisoria non sommaria o dalla tutela propriamente cautelare: la finalità di accordare una tutela, che, per il profilo della sommarietà, è anticipatoria, urgente ed effettiva, mentre, per il profilo della decisorietà, è stabile, immodificabile, incontrovertibile, vale a dire garantita dal giudicato formale e sostanziale».

tus controvertidos, sendo que estruturalmente se caracterizariam, nuns casos, por uma «cognição incompleta» e, noutros, por uma «cognição superficial». Assim, umas vezes essa cognição seria privada de qualquer contraditório (podendo haver apenas um mínimo de contraditório), outras vezes a cognição existiria sem que fosse realizada instrução probatória (podendo haver apenas um mínimo de instrução probatória); uma cognição que, quando não era reduzida a uma aparência de cognição, seria, pelo menos, «não plena» e «não exaustiva». Contudo, todos esses processos finalizavam com uma decisão judicial formalmente diferente da sentença que transita em julgado, assumindo, designadamente, a forma de «ordinanza». Por outro lado, o ordenamento jurídico italiano previa outros processos sumários não autónomos (ou procedimentos sumários, já que se traduziam em processos que constituíam uma fase ou momento de um processo ordinário de cognição plena, correspondendo, no fundo, a uma fase procedimental de um processo ordinário de cognição plena), de concretização legal específica e especial (v. g. previstos no c.p.c. ou em lei especial) e de natureza variável. E, referia que, a cada tipo de procedimento sumário corresponderia uma fase de cognição sumária que poderia ser seguida de uma fase posterior de instrução probatória completa. Ora, o autor afirmava a necessária relação (vital) entre o procedimento sumário e o processo de cognição plena, que lhe deveria seguir ⁽¹⁴²⁸⁾. Neste sentido, concluiu que a cognição sumária destes procedimentos sumários existia sempre em correlação necessária com a posterior e eventual cognição plena ou não sumária que deveria seguir aquela primeira fase sumária ⁽¹⁴²⁹⁾. Neste contexto, o autor mostrou-se reticente a aceitar que processos sumários de cognição sumária pudessem realizar a mesma função que processos de cognição plena. Com efeito, citando CARPI, o autor afirmou que o «coche real» que traz a sentença e que normalmente chega tarde é preferível, ainda assim, à «carreta da justiça sumária» ⁽¹⁴³⁰⁾.

E, mais recentemente, tendo por parâmetro o direito processual europeu e o direito constitucional italiano, onde foi recentemente incluído expressamente

⁽¹⁴²⁸⁾ Em síntese, LANFRANCHI («Procedimenti decisorii sommari...», cit., p. 6) afirma que «i procedimenti decisorii sommari si distinguono dalla stessa *species* próxima, composta dai vari procedimenti *lato sensu* cognitivi e sommari non decisorii (...) per l'attitudine al giudicato giustificata soprattutto dalla loro trasformabilità, senza sostanziale soluzione procedimentale di continuità, in cognizione ordinaria o comunque non sommaria».

⁽¹⁴²⁹⁾ Para outras considerações do mesmo autor, vd. «Riflessioni “de iure condito...”», cit., pp. 7 ss.; e «Profili sistematici...», cit., pp. 88 ss.

⁽¹⁴³⁰⁾ Escreve L. LANFRANCHI («Procedimenti decisorii sommari...», cit., p. 27) que «vero, come ha osservato F. CARPI («La tutela d'urgenza fra cautela...», cit., p. 698), che il “cochio regale” del giudicato arriva sovente tardi. Ma, a parte le svariate anticipazioni dei celeri calessi della “giurisdizione provvisoria” (...), questa tardività è sempre preferibile alla fulminea, ma sinistra carretta della giustizia solo sommaria».

o direito ao processo justo, o autor veio reiterar a mesma posição e veio considerar que o princípio do justo processo, consagrado no artigo 111.º, e o da efectividade, previsto no artigo 24.º da Constituição italiana, não impõem apenas a obrigatoriedade de o processo ser decidido por um juiz independente, imparcial e autónomo. Tais princípios determinam que as formas e os termos processuais sejam todos regulados na lei e que, nem a discricionariedade-inquisitorialidade do juiz, quer *in procedendo* quer *in iudicando*, ponha em causa o direito das partes a um igualitário contraditório *in itinere* (1431). Assim o autor, reitera a necessária correlação entre a cognição ordinária e o processo justo.

3. A sumariedade e a urgência

Considerando o panorama legislativo previsto em diversos países, é possível verificar que a sumariedade ganha contornos idênticos quando é consagrada para tutelar a urgência. Na realidade, a concretização da sumariedade para tutelar o *periculum in mora* obedece a instrumentos semelhantes nos sistemas italiano, português e espanhol (1432). Nos sistemas latinos, a doutrina afirma vulgarmente que o juiz cautelar procede sumariamente tanto à análise do *periculum in mora* como do pressuposto da aparência do direito, sendo que o tipo de exame a realizar deve ser suficiente para formar no juiz a convicção sobre a provável existência do direito a acautelar (1433). Claro está que a apreciação da iminência do prejuízo e do direito a proteger pode variar de intensidade, conforme o tipo de medida asseguradora ou antecipatória requerida (1434) (3.1.).

(1431) Sobre este assunto, vd. L. LANFRANCHI, «“Pregiudizi illuministici...”», cit., pp. 16 ss.

(1432) A este propósito, M. ORTELLS RAMOS/M. P. CALDERÓN CUADRADO (*La tutela judicial cautelar en el Derecho español...*, cit., pp. 13 e 14) refere que «para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el grado de la mera probabilidad, de la prueba *semiplena*, del acreditamiento, sin necesidad de alcanzar la plena convicción del juez. Para llegar a este resultado no es preciso poner en juego todos los medios de prueba, ni el procedimiento normal de su práctica, sino que la ley considera suficiente un principio de prueba, por regla general resultante de documentos (aunque estos deben someterse al procedimiento de práctica de la prueba documental». E no mesmo sentido, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal...*, cit., pp. 589 ss.; M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas...*, cit., pp. 73 a 93 e 157 ss.; S. BARONA VILAR, «Proceso Cautelar...», cit., p.740.

(1433) Destacamos, pois, o pensamento de P. CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., p. 59), já que este foi adoptado em Itália e marcou, sem dúvida alguma, a dogmática tanto portuguesa como espanhola. Quanto ao primeiro ponto, vd., por todos, E. A. DINI/G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 55 a 59.

(1434) Neste sentido, L. DU CASTILLON, «Les pouvoirs, au provisoire, du juge des référés...», cit., pp. 32, 33, 37 e 39.

E a urgência exige no processo civil alemão um procedimento de instrução probatória especial. Com efeito, neste sistema processual — bem como no ordenamento jurídico suíço e no austríaco ⁽¹⁴³⁵⁾ — a adopção das medidas provisórias é precedida de um exame sumário que incide sobre a análise dos pressupostos de decretamento das *einstweiligen Verfügungen*. Assim, o *Verfügungsgrund* e o *Verfügungsanspruch* devem ser justificados de modo que o juiz se convença da probabilidade da sua existência — *Glaubhaftmachung* ⁽¹⁴³⁶⁾ (3.2.).

E, de igual modo, também se fala de cognição sumária e juízo provisório no sistema grego ⁽¹⁴³⁷⁾ e no brasileiro ⁽¹⁴³⁸⁾, sendo que se considera que a adopção de providências cautelares é precedido de um juízo «de verosimilitude», juízo «presuntivo» ou «juízo de indício» de que o direito a acautelar será declarado como existente no processo principal». Este pressuposto deve ser alegado e justificado mediante os meios de prova «oportunos e permitidos pelo direito». Enfim, também no sistema britânico, o decretamento de uma *interlocutory injunction* é precedido de uma apreciação sobre se há «a serious question to be tried» e de um exame superficial que integra um «balance of convenience», que tem como propósito averiguar não só a natureza dos interesses em causa ameaçados pela demora, como também qual das partes aparenta possuir maior probabilidade de vencer no processo principal ou qual das partes demonstra ter um «good arguable case» ⁽¹⁴³⁹⁾. Finalmente, cumpre lembrar o modelo francês e o belga ⁽¹⁴⁴⁰⁾, no âmbito dos quais há um juiz da urgência, o *juge du référé*, que analisa a questão em termos superficiais («seuil d'évidence»), uma vez que também deve obedecer ao princípio que o proíbe de decidir a causa principal. De acordo com o artigo 808 do NCPC, «dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation

⁽¹⁴³⁵⁾ A este propósito, vd. W. J. HABSCHIED, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 47 e 52; F. MATSCHER, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 100 e 101.

⁽¹⁴³⁶⁾ Com efeito, no sistema processual alemão, a adopção das *einstweiligen Verfügungen* depende do *Verfügungsanspruch* (o direito à decisão judicial), provável existência do direito do requerente, e do *Verfügungsgrund* (o motivo que justifica o decretamento da decisão urgente), necessidade de ser proferida uma ordem provisória para obstar ao *periculum in mora*. Funciona para ambos, em termos de prova, a mera justificação (*Glaubhaftmachung*). Sobre esta questão, por todos, vd. R. CAPONI, «La tutela cautelare nel processo civile tedesco...», cit., pp. 31, 32, 39 a 40.

⁽¹⁴³⁷⁾ A este propósito, vd. K. D. KERAMEUS/K. P. POLYZOGOPOULOS, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 68 e 69 e esp. p. 71.

⁽¹⁴³⁸⁾ Neste sentido, A. PELLEGRINI GRINOVER, «La tutela cautelare atípica...», cit., pp. 134 e 135.

⁽¹⁴³⁹⁾ Neste sentido, V. VARANO, «Appunti sulla tutela provvisoria...», cit., pp. 244 a 247.

⁽¹⁴⁴⁰⁾ Sobre este assunto, vd. J. V. COMPERNOLLE, «Les mesures provisoires...», cit., p. 22; G. CLOSSET-MARCHAL, «Les mesures provisoires...», cit., p. 22.

sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend». E, estas medidas são, designadamente, «medidas conservatórias» e de salvaguarda que se mostram necessárias para prevenir um dano, sendo que, nos termos do artigo 809, alínea 1, do NCPC, «*le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse*», decretar as medidas conservatórias que sejam necessárias para obstar à concretização de um dano iminente ou para fazer cessar uma lesão manifestamente ilícita, sendo ainda que, nos termos do artigo 809, alínea 2, do NCPC, tratando-se de medidas antecipatórias, incluindo a medida de provisão a favor do credor («*une provision au créancier*») e a ordem de execução de uma obrigação, mesmo tratando-se de uma obrigação de fazer, o juiz pode decretá-las desde que a existência da obrigação não seja seriamente duvidosa ou cuja existência não seja seriamente posta em causa na defesa apresentada pelo demandado («*dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*») ⁽¹⁴⁴¹⁾. Assim, variando conforme o tipo de medida provisória solicitada, o juiz, devendo apreciar os pressupostos de deferimento da medida provisória através de um exame superficial do mérito da causa principal («*examen superficiel du fond*»), vai, contudo, normalmente mais além, atingindo a solução para a causa ⁽¹⁴⁴²⁾ (3.3.).

3.1. E, neste contexto, não se duvida que a relação entre a urgência e a sumariadez tenha sido particularmente evidenciada pela ciência do direito processual, no contexto dos processos sumários cautelares. Assim, como vimos, em Itália, a ciência do direito processual do início do século XX, a começar com CHIOVENDA e depois com CALAMANDREI, reconhecia a existência de uma categoria de tutela jurisdicional própria para tutelar a urgência. E, de entre as características que lhe apontavam, evidenciavam a da sumariadez, sendo que esta expressão contemplava o momento procedimental e estendia-se ao momento cognitivo. Aliás, esta escola procurou associar a urgência a um tipo de juízo de intensidade reduzida, tendo, assim, procurado evidenciar a autonomia do juízo sumário, por contraste com o juízo pleno

⁽¹⁴⁴¹⁾ Com efeito, o artigo 809, alínea 1, do NCPC prescreve as medidas conservatórias: «*les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite*». O artigo 809, alínea 2, do NCPC precisa que «*o juge des référés*» pode, «*dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (...) accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire*».

⁽¹⁴⁴²⁾ Para mais considerações sobre esta questão, vd. R. PERROT, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 162, 164 e 165; P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides...*, cit., pp. 75 a 82; C. SILVESTRI, «Il sistema francese dei 'référé'...», cit., pp. 14 ss. Neste sentido, por exemplo, A. LACABARATS, «La compétence des juges des référés...», cit., n. m. 1001, p. 185.

ou tipo de juízo que normalmente suporta o decretamento das decisões de mérito.

Na verdade, a ciência italiana do direito processual associou a urgência ao juízo de verosimilhança, sendo este um «juízo de menor intensidade», um «juízo hipotético» ⁽¹⁴⁴³⁾ ou «juízo provisório», tendo-lhe reconhecido um «relevância autónoma» e associando-o a uma «fase distinta e contraposta à fase de descoberta da verdade». Assim, desde DIANA, especialmente com CHIOVENDA e muito especialmente a partir de CALAMANDREI, o juízo de verosimilhança foi tido como suficiente para despoletar a pronúncia de decisões judiciais favoráveis urgentes, sendo que estas, por causa da sua *instrumentalidade*, estariam destinadas a ter uma duração provisória. Assim, justificado no contexto da tutela urgente, *rectius* cautelar, e por isso «realizado, muitas vezes, a olho nu», o juízo de verosimilhança foi tido como juízo oposto ao juízo de fundo, aquele que o juiz realiza noutro processo e que resulta de uma cognição aprofundada da verdade, «usando para o efeito instrumentos de precisão». E este juízo, ao contrário do primeiro, seria o adequado para definir definitivamente a questão, devendo substituir a decisão provisória ⁽¹⁴⁴⁴⁾.

Aliás, voltando um pouco atrás, a doutrina clássica italiana esforçou-se por distinguir uma cognição sumária cautelar, para a qual invocou a denominação latina «*summaria cognitio*». Neste contexto, DIANA sustentou que «a necessidade urgente de actuar no sentido de evitar um dano irreparável obriga a que haja uma processo especial para tal fim». Insistiu na sumariedade da cognição, uma vez que a cognição sumária dos processos cautelares assenta em «provas *leviores et apparentes*» ⁽¹⁴⁴⁵⁾. E insistiu igualmente na sumariedade do *accertamento*: «a conservação do direito para o qual se reclamou a protecção jurisdiccional deve ser conseguida de maneira absolutamente sumária, não obstante variar a «largueza» do *accertamento* quanto aos pressupostos de facto e de direito» ⁽¹⁴⁴⁶⁾. Com CHIOVENDA, o conceito de cognição sumária (*summaria*

⁽¹⁴⁴³⁾ CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 64 ss.) utiliza a expressão «juízo hipotético» querendo com ela dizer que a cognição sumária sobre a existência do direito tem valor «non di accertamento ma di ipotesi»: «se questa ipotesi corrisponda alla realtà si potrà vedere soltanto quando sarà emanato il provvedimento principale». E a este propósito, seguindo o pensamento de CALAMANDREI, observa LIEBMAN («Unità del procedimento cautelare...», cit., p. 252) que em relação ao direito alegado pelo requerente, o juiz cautelar não pode «accertare l'esistenza», uma vez que «accertare l'esistenza è compito proprio del processo principale, bensì soltanto constatar la verosimiglianza».

⁽¹⁴⁴⁴⁾ Este conceito é explicado por CALAMANDREI tanto na sua *Introduzione* (pp. 113 ss.), como no seu artigo intitulado «Efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento in pendenza di prove sull'opposizione», in *Giurispr. Ital.* (Parte I), 1937, pp. 307 ss., esp. p. 314.

⁽¹⁴⁴⁵⁾ Neste sentido, A. DIANA, «Le misure conservative...», cit., pp. 216 ss.

⁽¹⁴⁴⁶⁾ Neste sentido, A. DIANA, «Le misure conservative...», cit., p. 212.

cognitio) surgiu associado às medidas provisórias e cautelares como «cognição superficial», ou tipo de exame que o juiz realiza no momento da verificação dos pressupostos de que depende o decretamento daquelas providências, divergindo, portanto, da «cognição parcial» sendo que, no pensamento chiovendiano, ambas são tipos de cognição sumária que se opõem à «cognição completa». Assim, quanto à análise do «receio de um dano jurídico, ou seja a iminência de um dano possível a um direito ou a um possível direito», o autor considerou que «acerca da possibilidade do dano», o juiz deve examinar se as circunstâncias de facto dão sério motivo para temer o facto danoso. Se assim é, e se este se apresenta urgente, então, deve o juiz emitir a providência». Sobre a possibilidade do direito, escreveu CHIOVENDA que «a urgência não permite senão um exame evidentemente superficial (*summaria cognitio*)»⁽¹⁴⁴⁷⁾. De resto, este autor procurou esboçar os contornos da «tutela sumária cautelar» por contraste com a tutela sumária *tout court*.

E, com CALAMANDREI, os contornos são aprimorados, tendo o autor criado uma nova figura para sustentar a cognição sumária cautelar: o juízo de verosimilhança, enquanto «juízo hipotético», isto é, um juízo de probabilidade quanto à existência do direito acautelado. Além disso, a expressão *summaria cognitio* pressupõe o conceito de exame superficial dos pressupostos de que depende o decretamento da providência cautelar. Mas o conceito também pressupõe um especial tipo de prova: prova mais leve ou prova *prima facie*, tendo o autor destacado a verosimilhança da mera alegação de parte como meio de prova suficiente, isto é, como sendo uma prova típica ou prova ordinária dos processos sumários: «processos que visam simplificar e acelerar a prolação de uma decisão judicial e que têm natureza provisória e urgente».

Para ALLORIO, o *accertamento* sumário volta a ser evidenciado no contexto da urgência. Aliás, o *accertamento* sumário nem chega a ser um verdadeiro *accertamento* por causa da urgência, traduzindo-se assim numa mais valia contra o tempo, uma vez que através da «sanção cautelar» se permite uma *execução* sem o prévio *accertamento*. É também central no pensamento do autor o conceito de «prova sumária», prova que se «considera feita através da demonstração da credibilidade da existência dos pressupostos substanciais

⁽¹⁴⁴⁷⁾ Seguimos, pois, a tradução castelhana da obra (*Principios de derecho procesal civil...*, cit., p. 281, realizada por José Casais y Santaló). Mas seguimos fundamentalmente as *Istituzioni...*, cit., pp. 250 e 251. Com efeito, refere CHIOVENDA que «condizione generale per l'emanazione d'una misura provvisoria è (...) il timore d'un danno giuridico, cioè l'imminenza d'un possibile danno a un diritto o a un possibile diritto: a) Circa la possibilità del danno, il giudice deve esaminare: se le circostanze di fatto diano serio motivo di temere l'evento danoso; se il caso sia urgente e sia quindi necessario provvedere in via provvisoria (...). b) Circa la possibilità del diritto, l'urgenza non permette che un esame affatto superficiale (*summaria cognitio*)».

daquele direito a acautelar». Também LIEBMAN opõe o juízo cautelar, enquanto juízo de probabilidade, ao juízo de certeza. E, na mesma linha, CONIGLIO destaca a cognição sumária como cognição reduzida a simples informações, uma cognição que surge em derrogação aos cânones do *ordo judicarius*, principalmente ao princípio do contraditório. Este autor reforça a vantagem do procedimento *inaudita altera parte* como forma de obstar ao *periculum quod est in mora*, chamando a atenção para a *prima facie cognitio* que precede o decretamento da providência, tendo o autor associado tal conceito ao vocábulo alemão *Bescheinigung*, enquanto exame sumário, realizado pelo juiz sem observar as normas prescritas sobre instrução e sobre prova e com a faculdade de recolher informações de modo flexível. Para o autor, não há dúvida de que a urgência impõe uma «cognição abreviada e reduzida».

Enfim, a *summaria cognitio* é justificada pela escola italiana tradicional de acordo com vários parâmetros, a saber: o especial procedimento de produção de prova, as especiais modalidades de prova e a especial valoração da prova. E, assim, a escola italiana realça o procedimento abreviado e flexível, às vezes caracterizado por ser *inaudita altera parte*, destaca os poderes especiais do juiz na gestão e andamento do procedimento instrutório e faz sobressair igualmente tanto a mera alegação como tipo de prova suficiente para demonstrar a credibilidade dos factos que suportam os pressupostos de decretamento da providência, como a realização de «informações sumárias». Assim, àquela prova chamavam vulgarmente «fundamentação», «simples justificação», prova informatória ou «prova por valoração da credibilidade das alegações». E, assim também, ao realçar o procedimento *inaudita altera parte*, isto é, a possibilidade de decretamento da providência sem que fosse realizada a audiência contraditória, a escola italiana considerava que este constituía um elemento seguro da *summaria cognitio*. E, finalmente, a escola tradicional italiana evidencia a realização discricionária (por decisão do juiz) das «informazioni», isto é, de recolha oficiosa de prova, sendo que esta se caracterizava pela atipicidade. A ciência italiana destaca igualmente o especial *thema decidendum*, *id est*, o *thema* de probabilidade ou *thema de possibilitate* do processo sumário cautelar, procurando relacionar a menor realização de prova com o tipo especial de pressupostos de que dependeria o decretamento da providência: pressupostos hipotéticos e não reais.

Em especial, no que respeita ao parâmetro da avaliação da prova, a ciência processual italiana clássica destacava a cognição sumária como cognição reduzida e associava-a ao juízo de intensidade menor. E estes conceitos da lavra da ciência processual clássica mantiveram-se em Itália⁽¹⁴⁴⁸⁾. E hoje

(1448) Por exemplo, G. ARIETA (*I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 47, nota 45) considerava como denominador comum de todos os processos sumários (cautelares e não cautelares)

há uma parte da doutrina italiana que continua a evidenciar aqueles caracteres e, em especial, a ausência do carácter «dichiarativo» do *accertamento cautelare*, associando-o a juízo limitado, juízo hipotético, ou juízo de menor intensidade (1449). ARIETA, TOMMASEO, MONTESANO e TARZIA são alguns desses autores que mantiveram a posição tradicional (1450).

Enfim, a esta corrente que procede à distinção entre a cognição sumária e a sumária cautelare, tendo por base «o critério da qualidade do *accertamento*», «ou o critério da diversidade de grau de intensidade», opõe-se um sector da corrente moderna italiana. Com efeito, esta corrente, não obstante também associar a urgência à sumariedade, considera que aquele critério, cuja origem remonta a CALAMANDREI, é falacioso, já que assenta numa «confusão entre os conceitos de verosimilhança e de probabilidade» (1451). Ultrapassando este «método falacioso» (1452) que de todo lhe parece inadequado (porque incapaz de distinguir as formas de *accertamento* e os tipos de processo),

a necessidade de atribuir ao juiz a cognição definida como sumária, «assim chamada porque se concretizaria numa cognição “mais sucinta” e menos aprofundada, isto é: «più succinta» e meno approfondita, quando non è addirittura una larva di cognizione». Contudo, o autor não duvida que a noção de *summaria cognitio* tem um significado diferente quanto referido no contexto dos processos sumários *tout court*. De facto, G. ARIETA, citando GARBAGNATI (*I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979, p. 5), refere que a sumariedade não determina uma idêntica natureza e efeitos em todos os processos em que a cognição sumária está presente: nos processos cautelares, essa cognição é adequada à pronúncia de uma decisão provisória, o mesmo não acontecendo em outro tipo de decisões judiciais, tais como no caso do «decreto ingiuntivo o dell'ordinanza di convalida di sfratto».

(1449) Desta escola destaca-se F. TOMMASEO (*I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 164), que entende que o juízo sumário cautelare pode fundar-se somente «sulla mera attendibilità delle allegazioni e delle prove documentali eventualmente offerte in comunicazione, allegazioni che possono essere sufficienti a formare una valutazione di verosimiglianza dei fatti posti a giustificazione della domanda», e MONTESANO (*Luci ed ombre...*, cit., p. 601), que considera que a diferença entre a tutela sumária e a sumária cautelare «va ricercata nella diversa intensità della cognizione che, nel caso della tutela cautelare, si basa sul *fumus* del diritto». Ambos falam de um «juízo hipotético», «che prescinde da qualsiasi valutazione del grado di efficacia della prova e che appaga di una semplice valutazione di verosimiglianza delle allegazioni delle parti, e come, invece, i provvedimenti sommari non cautelari e non autonomi si fondono sulla vera e propria cognizione, anche se “allo stato degli atti”».

(1450) A este propósito, vd. a crítica de L. MONTESANO («Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare», RDPProc., 1999, pp. 309 e 310) dirigida a A. PROTO PISANI, quando este afirma que a sumariedade é só uma, não havendo lugar para uma cognição sumária cautelare. Ele afirma-o em diversos textos, a saber: «Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile», RDPProc., 1987, pp. 109 ss., esp. pp. 128 e 129; IDEM, «Usi ed abusi delle procedure camerali», RDPProc., 1990, pp. 411 ss., esp. pp. 418 e 419, nota 50; IDEM, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, pp. 315 ss.

(1451) Sobre este assunto, vd. A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., p. 244, nota 154.

(1452) Neste sentido, vd. A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., p. 247.

certos autores propõem um outro conceito de cognição sumária, apontando para um novo critério: um critério que atende à especial configuração do procedimento de produção e valoração da prova, sem que tal configuração especial condicione a intensidade do juízo: CAVALLONE, CARRATTA, LOMBARDO, PROTO PISANI são exemplos desta escola. Cumpre notar que até aos dias de hoje, a ciência processual italiana sempre reconheceu que a urgência exige um processo caracterizado pela simplicidade, flexibilidade, rapidez e informalidade, no âmbito do qual a actividade probatória não tem de se desenvolver em estrita obediência ao formalismo legal. Ao mesmo tempo, a ciência processual também evidenciou a ligação entre a *summaria cognitio* e a oficiosidade, tendo, contudo, anulado a ideia de que a cognição sumária conduza à formação de um juízo qualitativamente distinto e reduzido quanto à *quaestio juris*.

3.1.1. Ora, entre nós, a corrente que podemos denominar de corrente clássica, que associa a urgência a um processo que pode dizer-se célere, simplificado e abreviado, no âmbito do qual se realiza uma cognição incompleta e superficial, sendo que tal tipo de cognição sumária conduz à formação de um juízo qualitativamente de menor intensidade, denominado por juízo de verossimilhança, teve uma enorme receptividade, o mesmo sucedendo com a dogmática espanhola ⁽¹⁴⁵³⁾. A outra corrente, enquadrada num cenário de «ten-

⁽¹⁴⁵³⁾ A este propósito, M. ÁNGELES JOVÉ (*Medidas innominadas...*, cit., pp. 30 e 200 ss., esp. p. 241) escreve o seguinte: «toda a actividad probatoria que se refiera al acreditamiento del presupuesto *fumus boni iuris* se restringe o limita a la que pueda llevarse cabo mediante justificación documental. Tal es la exigencia del fundamento del derecho que ampara al actor y que recoge al artículo 1428 en su primer párrafo «principio de prueba por escritos». Exigencia que en aras al respeto del principio de igualdad también acatará el demandado. Así, no se aprecia inconvenientemente alguno para que se pueda desvirtuar la apariencia *prima facie* de los documentos que acompaña la pretensión de la parte actora, con otros documentos aportados por el demandado que de manera equivalente, o sea *prima facie*, acrediten la improcedencia de la tutela cautelar requerida por el demandante». V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA (*Derecho Procesal...*, cit., p. 589) escrevem o seguinte: «la existencia del peligro hay que demostrarla, aunque la ley exige una prueba de contenido menor: no existe la certeza, sino justificación o la evidencia del peligro (artigo 728.1). En segundo lugar, el que pretende que se adopten medidas cautelares debe justificar el derecho que se reclama; o en palabras de la Ley (artigo 728.2) debe presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal e sin prejuzgar con ello el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; dicho en otras palabras, el solicitante debe justificar documentalmente que el derecho que pretende existe (...). La Ley quiere que la justificación sea documental, lo que no impide que excepcionalmente se pueda justificar el derecho por otros medios (...). La acreditación o la justificación, es obvio, no significa prueba plena del derecho, sino simple probabilidad de la existencia del mismo, en concreto justificación de un juicio favorable a la pretensión del actor. Sobre este asunto, vd. M. ORTELLS RAMOS/M. P. CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español...*, cit., pp. 13 e 14;

dência para a sumarização do modelo da instrução probatória civil», que, por isso mesmo, classificamos de moderna, e que alarga o conceito de *summaria cognitio* por contraste com o procedimento de instrução probatória regra ou comum, fazendo simplesmente corresponder aquela expressão a um conjunto de processos especiais, simplificados, distintos e heterogêneos, caracterizados por se regerem por um sistema excepcional de normas derogatórias do regime-regra de produção e valoração de prova — sem que, no entanto, essa variação ou simplificação tenha alguma influência na qualidade do juízo final ou na resolução de questão de direito — não tem tido eco entre nós, nem no sistema espanhol ⁽¹⁴⁵⁴⁾.

Enfim, a ciência portuguesa do direito processual tem a este propósito uma posição semelhante à da ciência clássica italiana. E, assim, associa a urgên-

M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas...*, cit., pp. 73 a 93 e 157 ss.; S. BARONA VILAR, «Proceso Cautelar...», cit., p. 740; D. BLANQUER, *La prueba y el control...*, cit., pp. 441 a 444.

⁽¹⁴⁵⁴⁾ A este propósito, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA (*Derecho Procesal...*, cit., p. 589) sintetizam em dois pontos as razões que os levam a sustentar que o processo cautelar é um processo de natureza sumária, assim: «por una parte, el proceso cautelar es un proceso abreviado y corto en cuanto a su duración en el tiempo; obsérvese que la Ley configura el procedimiento a partir de una solicitud (art. 732) y a una audiencia (art. 734) en la que se practican todas las pruebas de las que las partes intenten valerse, a la que sigue el auto resolutorio (art. 735); obsérvese igualmente, que entre la solicitud de medida cautelar y la audiencia, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 734.1, no han de transcurrir más de quince días y que, incluso, la celebración de la vista no debe guardar el orden de los asuntos pendientes, cuando así lo exija la efectividad de la medida cautelar; obsérvese igualmente, que la resolución final debe dictarse en un plazo no superior a cinco días desde la terminación de la audiencia (art. 735.1). Junto a esto, cabe decir que en aquellos supuestos en los que se acredite que existen razones de urgencia, o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el proceso se termina por auto sin necesidad de audiencia, con lo que estamos en presencia de un proceso sumario en el sentido que hemos dado de abreviado y de corto en el tiempo. De otra parte, el proceso cautelar es un proceso sumario en un sentido más técnico; es decir, en el sentido en que el órgano judicial tiene limitado su poder de conocimiento, que se reduce, tal como se deduce del artículo 735.2, al conocimiento de si se producen los requisitos establecidos en la ley para la adopción de cualquier medida cautelar y si se ha acreditado el peligro de mora procesal, atendiendo a la apariencia de buen derecho. Esta limitación en el conocimiento del juez es la razón de que igualmente los poderes de alegación y de prueba en el proceso estén limitados extraordinariamente para las partes, por eso el artículo 734.2 dice que se admitirán y practicarán las pruebas cuando fueren pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares». Para a caracterização da sumariedade também contribui o facto de existir uma «vigencia limitada del principio de contradicción»: «Nuestra ley admite este proceso sin contradicción en los supuestos en que concurren razones de urgencia, o en los que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar. La doctrina ha entendido que la falta de contradictorio no reduce el derecho de defensa puesto que existe la posibilidad en todo o caso para el demandado de pedir en incidente, bajo el principio de la contradicción, el alzamiento de la medida adoptada (...). Cabe al demandado iniciar el trámite de oposición que está regulado en los artículos 739 y ss.».

cia à sumariedade e compreende esta característica em dois sentidos: num sentido procedimental e num sentido cognitivo.

Cumpre, no entanto, dizer que, não obstante os autores portugueses associarem a urgência à *summaria cognitio*, a prova sumária surge estudada apenas no quadro da técnica cautelar, não sendo uma figura desejada como objecto de estudos alargados ⁽¹⁴⁵⁵⁾. Entre nós, vinga, pois, a influência italiana e, por via disso, há em redor do conceito *summaria cognitio* um conjunto de explicações de natureza tautológica. Prova sumária, processo sumário e cognição e julgamento sumários são termos vulgarmente repetidos como sinónimos, aos quais não se associam critérios uniformes de distinção ⁽¹⁴⁵⁶⁾. De qualquer modo, os autores portugueses consideram que é a urgência que impõe a *summaria cognitio*, sendo que esta se desdobra na necessidade de o juiz realizar um julgamento da prova diferente — enquanto apreciação perfunctória e sumária — e na obrigatória existência de um processo simplificado, mormente, de um procedimento de instrução probatória especial em face do procedimento comum ⁽¹⁴⁵⁷⁾. Contudo, não obstante a

⁽¹⁴⁵⁵⁾ Neste sentido, J. DOS SANTOS SILVEIRA (*Processos de natureza preventiva...*, cit., pp. 18 e 19), à luz do Código de 1961, entende que os artigos 388.º a 425.º e 1414.º consideram urgente o decretamento de providências cautelares, de tal modo que a ordem jurídica permite que a parte contrária nem seja ouvida antes da emissão da providência. Além disso, «em matéria de instrução do pedido, a lei contenta-se com uma prova sumária, chegando a fazer depender do bom senso do julgador a produção de prova».

⁽¹⁴⁵⁶⁾ A este propósito, vd. BARBOSA DE MAGALHÃES, «Natureza jurídica...», cit., p. 27; J. ALBERTO DOS REIS, «A figura do processo cautelar...», cit., p. 24; MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares...*, cit., p. 9; J. LEBRE DE FREITAS/A. MONTALVÃO MACHADO/R. PINTO, *Código de Processo Civil...*, cit., pp. 112 e 113.

⁽¹⁴⁵⁷⁾ Neste sentido, ERIDANO DE ABREU («Das providências cautelares não especificadas...», cit., p. 118), a propósito do artigo 399.º do CPC de 1961, escreve o seguinte: «é necessário ao requerente das providências oferecer a prova sumária do direito ameaçado e justificar o receio da lesão em que fundamenta a providência requerida», sendo que «ele terá que alegar no seu requerimento inicial os factos em que fundamenta o seu direito ameaçado e aqueles que justificam o receio de lesão». A «prova de tais factos, embora perfunctória, é sempre precisa para que sejam deferidas as providências cautelares. E escreve ainda que «a mesma disposição estabelece que será sempre ouvido o réu acerca das providências requeridas, excepto se essa audiência vier a pôr em risco o seu fim». Além disso, nos termos do artigo 400.º, lembra o autor que «a providência é decretada desde que as provas produzidas revelem uma probabilidade séria da existência do direito e mostrem ser fundado o receio de lesão invocado, salvo se o juiz no seu prudente arbítrio, entender que o prejuízo resultante da providência sobreleva o dano que com ela se pretende evitar. Não basta, pois, uma simples verosimilhança do direito ameaçado de lesão grave. É indispensável uma probabilidade séria da existência desse direito. Também não basta qualquer receio. É preciso que seja fundado esse receio e, mesmo assim, se o juiz entender, no seu prudente arbítrio, que o prejuízo resultante da providência sobreleva o dano que com ela se quer evitar, não deverá decretá-la».

quase repetitiva terminologia e justificação da *sumariedade* cautelar, na falta de considerações mais desenvolvidas sobre este tema, fica no ar alguma dúvida. Também TEIXEIRA DE SOUSA emprega o vocábulo *summaria cognitio*, abarcando com ele tanto o aspecto da «apreciação sumária da situação» como o modo de realização da prova, que segue «um procedimento simplificado e rápido» (1458).

3.2. A ciência francesa do direito processual também tem evidenciado a existência necessária de um ligamento entre a urgência e os processos sumários. E o mesmo se pode dizer da ciência alemã. Contudo, se no sistema francês os conceitos de processos sumários e cognição sumária não se apresentam envolvidos em complexidade maior, ou pelo menos a doutrina não os discute com tanta elaboração teórica, já o mesmo não se pode dizer da *Glaubhaftmachung* alemã. A *Glaubhaftmachung* traduz uma das especificidades dos processos urgentes previstos no sistema alemão. Aliás, o ligamento entre esta modalidade de demonstração dos factos e o carácter urgente do processo («Eilcharakter des Verfahrens») é amplamente reconhecido pela ciência alemã do direito processual (1459). Nos termos gerais do § 920, II, da ZPO, os pressupostos de que depende a emissão das decisões provisórias devem ser justificados («sind glaubhaft zu machen»), sendo que assim não acontecerá se a lei dispuser em contrário ou a menos que, nos termos do § 921, II, da ZPO, não tenha sido demonstrada a credibilidade desses pressupostos e o requerente tenha prestado garantia para assegurar os prejuízos que podem decorrer da emissão da providência para o requerido.

A *Glaubhaftmachung* aparece nos processos urgentes em substituição do procedimento de instrução probatória (ou procedimento de instrução ou de demonstração) tido como procedimento comum ou ordinário que é típico do desenvolvido na acção principal. Aquele procedimento e este diferenciam-se, na realidade, fundamentalmente em dois aspectos, sendo que ambos os

(1458) Para atingir a finalidade de evitar a lesão ou a sua continuação, escreve TEIXEIRA DE SOUSA (*Estudos sobre...*, cit., p. 230): «a composição provisória tem de ser concedida com celeridade: as vantagens dessa composição serão tanto maiores quanto mais cedo ela puder garantir o direito, regular provisoriamente a situação ou antecipar a composição definitiva. Por isso, as providências cautelares implicam necessariamente uma apreciação sumária (*summaria cognitio*) da situação através de um procedimento simplificado e rápido».

(1459) Neste sentido, vd. W. GRUNSKY, in: *STEIN/JONAS Kommentar...*, cit., anotação ao § 920, n. m. 15, e M. VOLLKOMMEN in: *ZÖLLER/Zivilprozessordnung*, 23. neubearbeitete Auflage, Köln, 2002, anotação ao § 920, n. m. 10; W.-D. WALKER in: W. SCHUSCHKE/D. SCHMUKLE, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., anotação ao § 920, pp. 71 ss.

aspectos concretizam instrumentos de aceleração do processo que vêm, pois, beneficiar os processos urgentes em que tal figura está prevista. O primeiro diz respeito aos meios de prova da *Glaubhaftmachung* e o segundo é relativo ao *Beweismaß*, isto é, à intensidade reduzida ou diminuída do grau de prova. No que respeita aos meios, rege o § 294, I, da ZPO. E, segundo este artigo, o leque de meios de prova possíveis na *Glaubhaftmachung*, por contraste com o procedimento de instrução probatória normal, tanto traduz uma ampliação como uma restrição, sendo que a mais significativa ampliação resulta da figura do juramento, isto é, do depoimento sob juramento prestado pelas partes e por terceiros («eidesstattliche Versicherung der Parteien und Dritter»), e a mais significativa limitação resulta do facto de os meios de prova apenas deverem ser considerados se forem imediatamente disponíveis ou realizáveis, nos termos do § 294, II, da ZPO. E, de igual modo, a diminuição (abaixamento) do grau de prova («Herabsetzung des Beweismaßes») é uma outra particular característica do processo urgente que concretiza a *Glaubhaftmachung*. Assim, a *Glaubhaftmachung* também se traduz numa redução da intensidade da prova, isto é, numa diminuição da graduação nos termos da qual se considera alcançada uma prova, por contraste com a necessária nos termos do § 286 da ZPO. Assim, se nos termos do preceito regra se exige que o juiz para emitir a decisão solicitada tenha de estar convencido de que os factos alegados («Tatsachen») são verdadeiros, já nos termos da regra que disciplina a *Glaubhaftmachung*, o juiz, para decretar a medida solicitada, não tem de estar convencido da verdade dos factos alegados por quem a solicitou, sendo suficiente apenas um juízo de menor intensidade quanto à existência daqueles factos, bastando, pois, a probabilidade.

3.3. É, de resto, por causa da urgência que o juiz do *référé* é tradicionalmente apelidado como «o guardião dos direitos aparentes»⁽¹⁴⁶⁰⁾, *rectius*, «des droits non sérieusement contestables», tendo, neste contexto da sumariedade, assumido novas funções⁽¹⁴⁶¹⁾. O juiz do *référé* é hoje o «*juge de l'évidence et de l'incontestable*» que tem tendência para examinar o direito das partes, procedendo a uma intensificação no exame do carácter «manifestamente ilícito» da ameaça de dano invocada pelo requerente, nos termos do artigo 809, alí-

⁽¹⁴⁶⁰⁾ A este propósito, vd. R. MARTIN, «Le référé, théâtre d'apparence...», cit., pp. 168 ss.; M. C. RONDEAU-RIVIER, «L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés», Gaz. Pal. (Doctrine), 1991, pp. 355 ss.

⁽¹⁴⁶¹⁾ A este propósito, vd. R. MARTIN, «Le référé, théâtre d'apparence...», cit., pp. 159 e 160.

nea 1, do NCPC, ou no caso do decretamento de uma provisão («référé-provision») ou de uma intimação para fazer («référé-injonction»), nos termos da alínea 2 do artigo 809 do NCPC. E é por causa do carácter sumário do procedimento e da natureza sumária da cognição realizada que o juiz da urgência tende a ser cada vez mais «o juiz natural dos conflitos que não suscitam dúvida séria sobre o fundo da questão, *id est*, aqueles litígios cuja solução resulta em termos de «evidência» (1462).

Como se pode concluir, ainda que a sumariedade não ande sempre associada à urgência, o conceito de urgência surge sempre ligado à sumariedade. Se é verdade que verificámos que o conceito de *summaria cognitio* surge em todos os tempos e em todos os lugares associado à tutela da urgência, também percebemos que este conceito envolve uma enorme complexidade. Vamos, por isso, dedicar-lhe mais atenção num capítulo autónomo, procurando perceber em que termos é que esta modalidade de instrução e valoração de prova é associada à urgência e em que termos é talhado o seu perfil em cada sistema processual. O objectivo da investigação é procurar perceber se é possível encontrar uma definição uniforme de sumariedade no contexto da tutela jurisdizional de urgência e se esta corresponde a uma técnica que deva obrigatoriamente ser concretizada em processos que realizem o direito ao processo efectivo e temporalmente justo. Vamos procurar saber, pois, quais são as modalidades concretizadoras da sumariedade para depois se proceder ao estudo dos processos urgentes previstos no CPTA. Esta metodologia também é seguida pelos autores italianos. Com efeito, alguns autores partem desta construção civilista e introduzem-na no processo administrativo (1463).

(1462) A este propósito, vd. J. NORMAND, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 73 ss.

(1463) A este propósito, apresentam-se as conclusões de S. MENCHINI («Processo amministrativo e tutele giurisdizionale differenziate», DPA (4), 1999, pp. 922 ss., esp. pp. 936 ss.), que sobre este tema escreve o seguinte: «In primo luogo, occorre mettere a fuoco i contrapposti concetti di *cognizione piena* e di *cognizione sommaria*. Pur consapevoli dell'assoluta problematicità del tema, sembra che i connotati essenziali della prima figura siano così sintetizzabili: a) *predeterminazione legale delle forme e degli atti*, nel senso che la legge indica, in modo puntuale, quali siano, riguardo a ciascuna fase del processo (introduttiva, istruttoria, decisoria), i poteri delle parti e del giudice, stabilendo, in maniera altrettanto dettagliata, i modi, le forme ed i termini per il loro esercizio; b) *attuazione completa ed anticipata del contraddittorio*, nel senso che il provvedimento giurisdizionale è emanato soltanto dopo che entrambe le parti sono state poste in condizione di svolgere le proprie difese su tutti i punti (di diritto e di fatto) della controversia; c) *convincimento pieno ed esauriente del giudice* sulle ragioni delle parti, nel senso che tutte le questioni sono trattate in modo esaustivo e tutti i fatti controversi sono accertati sulla base di istruttorie approfondite, perché svoltesi nel rispetto delle forme solenni prestabilite dalla legge; d) *previsione di mezzi di impugnazione*, strutturati in modo tale da garantire il controllo totale del rispetto delle regole di attività e di giudizio

nelle varie fasi procedimentali. Per contro, la *cognizione sommaria* presenta queste caratteristiche: *a) forme semplificate o addirittura inesistenti*, nel senso che la legge non predetermina le forme e gli atti delle fasi (introduttiva, istruttoria, decisoria) che compongono il processo, né i poteri delle parti e del giudice, né i termini e le modalità del loro esercizio; è lasciata ampia discrezionalità all'ufficio circa la regolamentazione dello svolgimento del procedimento, con il solo limite della necessità di rispettare i principi fondamentali (del contraddittorio, di difesa, di economia, ecc.); *b) contraddittorio posticipato od incompleto*, in quanto il provvedimento giurisdizionale o può essere emesso addirittura prima della realizzazione di questo o può essere preceduto da una valutazione parziale e/o non esaustiva degli argomenti difensivi delle parti; *c) trattazione superficiale o non approfondita* delle questioni di diritto e di fatto, nel senso che la pronuncia del giudice è resa sulla base di accertamenti parziali o approssimativi o comunque non esaustivi, in quanto basati su istruttorie limitate dal punto di vista o quantitativo, perché non aventi ad oggetto tutti i fatti controversi, o qualitativo, perché defformalizzate e semplificate; *d) mezzi di impugnazione limitati o addirittura inesistenti*, in quanto il provvedimento è dichiarato non impugnabile dalla legge (...) oppure è sottoposto a rimedi (...), i quali non danno le stesse garanzie di quelli previsti contro la sentenze emesse in esito ai giudizi a cognizione piena (...).

CAPÍTULO III

A PROCURA DO PERFIL DA SUMARIEDADE NO CONTEXTO DO PROCESSO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO: ENTRE A *SUMMARIA COGNITIO* DE MATRIZ CLÁSSICA E A DE NATUREZA MODERNA — O CONCEITO TÉCNICO-JURÍDICO DE SUMARIEDADE

Razão de ordem: 0. Introdução. § 1. O perfil italiano: da verosimilhança à probabilidade. § 2. O *référé* francês e a *Glaubhaftmachung* alemã: a prova *sumária*. § 3. A *summaria cognitio*: critérios de identificação

INTRODUÇÃO

Como tivemos oportunidade de concluir no capítulo anterior, ainda que a tutela de urgência não seja sempre associada à provisoriedade e ainda que a tutela de urgência possa servir-se apenas facultativamente da antecipação, a urgência surge em todos os tempos e em todos os sistemas associada à *summaria cognitio*. É um facto. Contudo, também tivemos oportunidade de verificar que a *summaria cognitio* surge multifacetada quando caracterizada no contexto da tutela jurisdicional de urgência, sendo que as suas configurações variam ao longo dos tempos e de lugar para lugar. Todavia, a variação não atinge apenas o quadro jurídico. Na realidade, mesmo no quadro da mesma disciplina jurídica, a própria ciência do direito processual tem tendência a realçar diferentes dimensões da *summaria cognitio*.

Assim, em primeiro lugar, cumpre notar a ideia que, à primeira vista, a *summaria cognitio* que nos é apresentada pela escola italiana não corresponde à mesma figura de sumariedade prevista no panorama legislativo alemão e francês e a compreensão dessa figura pela escola francesa e pela escola alemã não coincidem. E, como se já não fosse suficiente, importa apontar que mesmo no contexto das mesmas normas, os contornos desta modalidade de

demonstração e apreciação da prova são, ainda assim, diferentemente evidenciados pela ciência do direito processual ⁽¹⁴⁶⁴⁾. Como teremos oportunidade de verificar, as diferenças são só aparentes. E tanto é assim que, como veremos, todos os conceitos remontam à mesma figura romana.

Em segundo lugar, é importante mencionar que há vulgarmente uma junção entre os conceitos de «processo sumário» e de «cognição sumária», de tal modo que, quando a expressão latina surge relacionada com a urgência (*maxime*, com o *periculum in mora*), ela é invocada pela ciência processual em três sentidos, a saber: *primo*, num sentido procedimental, sendo esse conceito associado a *processo sumário*; *secundo*, num sentido cognitivo, sendo agora associado a exame de menor intensidade da *quaestio facti* e da *quaestio iuris*. Assim, no primeiro sentido, a *summaria cognitio* resulta da simplificação e da abreviação procedimental, em termos que tal tipo processual é destacado perante o processo-regra como sendo mais simples e mais célere, de estrutura mais flexível e de tramitação mais informal. Ainda neste sentido, a *summaria cognitio* surge especialmente relacionada com a simplificação do procedimento de instrução probatória de que o processo sumário beneficia, sendo que, por vezes, essa simplificação resulta da actuação discricionária do juiz e pode traduzir-se na redução do quadro temporal do contraditório e na anulação da relação paritária durante o contraditório. E, em segundo lugar, como a expressão latina é invocada num sentido cognitivo, ela surge associada ao momento de apreciação de prova, *maxime* à apreciação de prova da matéria de facto, sendo a *summaria cognitio* invocada como sinónimo de cognição parcial ou não esgotada. Aliás, a *summaria cognitio* surge particularmente ligada pela ciência processual à prolação da decisão sobre certas questões de direito envolvidas em situação de urgência, sendo assim apelidado o julgamento da questão jurídica urgente como *accertamento sommario* (empregando, agora, também, e em terceiro lugar, a expressão no sentido de juízo sumário).

Assim, desdobrando o primeiro ponto (que faz corresponder a palavra *summaria cognitio* a processo sumário), a expressão latina anda vulgarmente associada a processos especiais simplificados e a processos em que impera uma dose significativa de atipicidade estrutural do procedimento, destacando-se o papel determinante do juiz na conformação do *modus procedendi* do processo, especialmente na concretização de algumas fases e na dispensa de outras, tendo em conta a urgência ou a simplicidade da questão de facto e de direito a resolver. Ainda neste domínio, é vulgarmente evidenciada a possibilidade de a estrutura do processo não incluir uma fase de audiência contraditória prévia à emissão de decisão ou de a realização da mesma depender da

⁽¹⁴⁶⁴⁾ Sobre este tema, vd. o nosso «Verdade e verosimilhança...», cit., pp. 633 ss.

decisão discricionária do juiz, tendo em conta a intensidade da urgência existente no caso concreto. E, neste sentido, cumpre fazer realçar, ainda, que a *summaria cognitio* surge ligada à existência de procedimentos instrutórios em que o juiz detém especiais poderes (poderes discricionários) de prova, designadamente, poderes de decisão quanto à realização da audição do intimado e poderes de determinação da forma e dos meios de prova a recolher, uma vez que nestes processos impera o princípio do inquisitório. Ainda quanto a este aspecto, a *summaria cognitio* é comumente associada pela ciência do direito processual a procedimentos instrutórios em que são admitidos especiais meios de prova ou se prevê especiais restrições quanto à realização de modalidades de prova, sendo claro que, neste caso, a *summaria cognitio* é empregue como sinónimo de prova sumária. Assim se percebe a relação que a doutrina clássica estabelecia entre a *summaria cognitio* e a prova informatória, a justificação ou a «mera alegação de parte» como meio de prova. E assim, também, se compreende a invocação da *summaria cognitio* através de «provas leviores» ou prova *prima-facie*, sendo que, em alguns sistemas, a prova sumária anda associada à «prova líquida» e «prova segura», *maxime* a «prova documental» (1465)

(1465) A este propósito, como já apontámos, M. ORTELLS RAMOS/M. P. CALDERÓN CUADRADO (*La tutela judicial cautelar en el Derecho español...*, cit., pp. 13 e 14) referem que «para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el grado de la mera probabilidad», sendo que os autores falam em «prueba *semiplena*, del acreditamiento, sin necesidad de alcanzar la plena convicción del juez. Para llegar a este resultado no es preciso poner en juego todos los medios de prueba, ni el procedimiento normal de su práctica, sino que la ley considera suficiente un principio de prueba, por regla general resultante de documentos (aunque estos deben someterse al procedimiento de práctica de la prueba documental». A este propósito, M. ÁNGELES JOVÉ (*Medidas innominadas...*, cit., pp. 30 e 200 ss., esp. p. 240) chama a atenção para a *prova prima facie* e escreve o seguinte: «toda a actividad probatoria que se refiera al acreditamiento del presupuesto *fumus boni iuris* se restringe o limita a la que pueda llevarse cabo mediante justificación documental. Tal es la exigencia del fundamento del derecho que ampara al actor y que recoge al artículo 1428 en su primer párrafo «principio de prueba por escrito». Exigencia que en aras al respeto del principio de igualdad también acatará el demandado». V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA (*Derecho Procesal...*, cit., pp. 589) escrevem o seguinte: «la existencia del peligro hay que demostrarla, aunque la ley exige una prueba de contenido menor: no existe la certeza, sino justificación o la evidencia del peligro (art. 728.1). En segundo lugar, el que pretende que se adopten medidas cautelares debe justificar el derecho que se reclama; o en palabras de la Ley (art. 728.2) debe presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal e sin prejuzgar con ello el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; dicho en otras palabras, el solicitante debe justificar documentalmente que el derecho que pretende existe (...). La Ley quiere que la justificación sea documental, lo que no impide que excepcionalmente se pueda justificar el derecho por otros medios (...). La acreditación o la justificación, es obvio, no significa prueba plena del derecho, sino simple probabilidad de la existencia del mismo, en con-

ou às declarações sob juramento. E, finalmente, a *summaria cognitio* é também evidenciada pela «prova atípica» das «informações sumárias», isto é, o meio de prova cuja concretização é, no sistema italiano, por lei entregue ao poder discricionário do juiz da urgência.

Quanto ao segundo aspecto (que diz respeito à relação entre a *summaria cognitio* e a cognição sumária realizada pelo juiz, nos processos que servem a urgência), a ciência do direito processual tem entendido que este tipo de exame pressupõe uma análise, uma apreciação ou uma cognição não completa e não plena, isto é, pressupõe uma cognição mais simples, menor e reduzida do *thema decidendum*, em termos que o juiz deve bastar-se com uma prova *semi-plena* quanto à existência dos factos alegados, ou seja, uma prova que seja suficiente para que o juiz forme um juízo de verosimilhança (ou de probabilidade) quanto à existência dos factos que suportam a existência do direito. Assim, a cognição sumária é aquela que se opõe à cognição plena. E neste sentido, para os autores que, no contexto dos processos cautelares, não fazem qualquer distinção entre o exame da matéria de direito e o da matéria de facto, a cognição sumária é aquela que conduz à formação do «juízo de menor intensidade», isto é, que conduz à formação de um «juízo reduzido» quanto à questão jurídica sobre a qual o juiz de mérito decidirá, de tal modo que o juízo se assume como um «juízo hipotético»: a providência cautelar deverá ser decretada desde que o juiz cautelar consiga através de um juízo de prognose antever em que sentido provavelmente decidirá o juiz da causa principal. Há, contudo, autores que distinguem a questão da apreciação dos factos da questão da apreciação do direito e neste exacto contexto tendem a defender a existência de um juízo de menor intensidade no que respeita à matéria de facto, deixando de fora da prova sumária o exame de conclusão ou exame da *quaestio juris*. De qualquer modo, para uma parte significativa da doutrina, a cognição sumária conduz à formação de um juízo sumário e este tem relevância autónoma perante o juízo de verdade. Aquele é tido como provisório, hipotético, limitado, sendo em todo o caso um juízo distinto do pleno, sendo, aliás, um juízo de menor intensidade. Na realidade, há até quem entenda que o juízo sumário é um «*accertamento* de menor qualidade» e, segundo outros, porque lhe falta uma «*struttura dichiarativa*», o juízo sumário proferido por razões de urgência não chega sequer a ser um «*accertamento*» (ALLORIO).

Enfim, como se verifica, são variados os perfis em que podemos analisar a *summaria cognitio* e, como já apontámos sumariamente nesta introdução,

creto justificaci3n de un juicio favorable a la pretensi3n del actor». Sobre este assunto, vd. M. P. CALDER3N CUADRADO, *Las medidas...*, cit., pp. 73 a 93 e 157 ss.; S. BARONA VILAR, «Proceso Cautelar...», cit., p. 740.

há aspectos desta figura que são indiscutíveis e há outros mais polémicos. Enfim, as divergências começam, por exemplo, em torno do conceito de prova sumária e estendem-se aos meios de prova admitidos pela *summaria cognitio*. E as divergências abrangem ainda a amplitude da *summaria cognitio*, incluindo o objecto que está sujeito à prova sumária, em termos que não é unânime a posição da doutrina quanto a saber se a prova sumária abrange tanto os factos (isto é, a factualidade) como os pressupostos de direito, e estendem-se ao grau de prova exigido pela *summaria cognitio*. Assim, por exemplo, o modo como a escola italiana clássica traçou o perfil da *summaria cognitio* só é hoje plenamente aceite por uma parte da ciência processual, havendo, pois, séria divergência quanto aos instrumentos de concretização e quanto à extensão da figura da *summaria cognitio*.

Na realidade, no contexto do contencioso clássico, a ciência do direito processual italiana entendia a *summaria cognitio* em dois sentidos, associando sobretudo um deles ao domínio da tutela jurisdicional cautelar. E esforçando-se por distinguir «a tutela sumária cautelar» da «sumária não cautelar» a partir do critério da «qualidade do accertamento», a escola italiana considerava determinante associar o conceito de *summaria cognitio* a verosimilhança e a prova *prima-facie*, tendo dado particular ênfase à «mera alegação de parte» — ou verosimilhança, entendida em sentido restrito — enquanto meio de prova essencial da «*summaria cognitio*». Ora, esta posição da doutrina, que se justificava no contexto de um tipo de tutela urgente caracterizada como instrumental e provisória, *id est* um tipo de tutela que se manifestava na adopção de medidas fundamentalmente de matriz asseguradora e conservatória, foi começando a perder força, ao mesmo tempo que o contencioso se foi alterando. Na verdade, a partir do momento em que os fenómenos do contencioso moderno começaram a aparecer, a construção clássica foi sendo posta em causa. E assim, se a doutrina clássica considerava suficiente para a emissão de uma *decisão-de-urgência-provisória* que o juiz procedesse a uma cognição superficial e a um juízo de verosimilhança, tal construção foi-se revelando desfasada da *praxis*, uma vez que os tribunais foram procurando acentuar o seu exame no momento de apreciar a verificação dos pressupostos, *maxime* o do *fumus boni iuris*, de decretamento das providências antecipatórias. Com efeito, assistindo-se à perda das características de instrumentalidade e de provisoriedade e ao crescente decretamento de providências de natureza antecipatória, fácil seria perceber que os contornos da *summaria cognitio* teriam de ser repensados, uma vez que se apresentavam desajustados e perigosos. Contudo, há ainda um sector da doutrina moderna italiana que continua a seguir a mesma linha de orientação clássica quanto ao entendimento do conceito de *summaria cognitio*, distinguindo, pois, dois conceitos de cognição sumária, ou melhor, continuando a sustentar um conceito bidimensional de *summaria cognitio*, um

que diz respeito exclusivamente aos processos cautelares e outro que extravasa tal domínio.

Hoje, parece claro que a construção tradicional padecia de erros estruturais, que atingiam a panóplia de meios de prova concretizadores da *summaria cognitio*, e de equívocos, que atingiam sobretudo a configuração do juízo de verosimilhança ⁽¹⁴⁶⁶⁾. E estes erros, que, por certo, também atingiram a dogmática portuguesa, foram postos a nu por um sector da escola moderna italiana. Na realidade, adoptando um conceito unidimensional de sumariedade, um sector da escola italiana do direito processual, procurou uniformizar o conceito de *summaria cognitio* e justificou a desnecessidade da autonomia do conceito de cognição sumária cautelar, servindo-se para o efeito da metodologia do confronto, isto é, procurando perceber o que separa o sistema ordinário de produção e avaliação de prova do sistema de *summaria cognitio*. E, assim, anulando um conjunto de proposições evidenciadas pela escola clássica, afastando definitivamente o conceito de verosimilhança, porque errado, porque resultado de uma tradução equívoca de um *falso amigo alemão*, «Wahrscheinlichkeit», a doutrina italiana veio associar a expressão *summaria cognitio* a um sistema simplificado de produção e avaliação de prova ⁽¹⁴⁶⁷⁾ (§ 1).

A mesma ausência de tratamento uniforme sobre a *summaria cognitio* acontece desde há muito tempo na Alemanha. Assim, não obstante a doutrina alemã do século XIX ter procurado assentar a definição daquele conceito em figuras existentes no direito romano, nunca foi possível instituir uma posição única sobre a natureza e a amplitude da *Bescheinigung*. Aliás, duas foram as correntes opostas existentes em torno deste conceito, a de BRIEGLEB e a de WETZELL, sendo que, hoje, não obstante terem decorrido mais de 150 anos, mantém-se a mesma polémica em torno da *Glaubhaftmachung*, mantendo-se igualmente os mesmos argumentos a favor de uma e outra posições. É certo que a ciência processual considera que a *Glaubhaftmachung* constitui uma modalidade especial de demonstração dos factos — uma modalidade que surge nos processos urgentes em substituição do procedimento de instrução probatória normal, isto é, do procedimento de instrução probatória típico do desenvolvido na acção principal. Contudo, ainda assim, a divergência incide sobre os pormenores de concretização daquela figura, designadamente quanto aos meios de prova aceites, quanto aos poderes do juiz e quanto à amplitude da mesma. Por exemplo, a ciência processual não é unânime quanto à questão de saber se esta contempla tanto as questões de facto como as questões de direito e muito menos fixa com uniformidade a medida de prova exigida pela *Glaubhaftma-*

⁽¹⁴⁶⁶⁾ Sobre este tema, vd. o nosso «Verdade e verosimilhança...», cit., pp. 646 ss.

⁽¹⁴⁶⁷⁾ Sobre este tema, vd. o nosso «Verdade e verosimilhança...», cit., pp. 648 ss.

chung. E, no contexto da passagem do contencioso clássico para o moderno, também se acentuou a evolução doutrinária em torno deste conceito. De resto, hoje, não obstante este modelo de realização e valorização de prova tender a ser cada vez menos identificado com os cânones clássicos, há uma posição maioritária na doutrina que afirma que a *Glaubhaftmachung* se caracteriza como uma modalidade especial de demonstração dos factos que sustentam os pressupostos de decretamento da *einstweilige Rechtsschutz*. E consideram também que esta modalidade de demonstração dos factos, porque imprime celeridade e simplificação à realização da prova e à formação da convicção do tribunal, combina bem com a natureza provisória das decisões em cujos processos está concretizada.

E à mesma conclusão se chega, depois de estudarmos os processos sumários de *référé*, previstos no sistema francês. Na verdade, se o decretamento de *medidas provisórias em sentido restrito* do tipo conservatório ou preparatório não levanta problemas especiais, já a emissão de medidas provisórias com estrutura antecipatória, qual seja o *référé-provision*, tem obrigado a ciência francesa do direito processual a rever alguns conceitos tradicionais elaborados em torno da *prova sumária*. É um facto que no decurso do procedimento de instrução probatória referente à emissão da provisão ou ao decretamento da *injunção para actuação ou omissão*, se tem vindo a assistir a alterações significativas no que respeita tanto ao tipo de meios de prova que são admitidos como à força probatória que estes meios têm vindo a adquirir naqueles processos de *référé*, sendo que a jurisprudência tem vindo a aceitar, não sem suscitar alguma polémica, tanto a comparência de partes («*comparution personnelle des parties*»), que visa produzir a confissão («*l'aveu*»), como a prestação de declarações sob juramento («*serment litidécisoire*»). E como se sabe, estas figuras têm uma natureza contrária (e, de certo modo, incompatível) com a prolação de decisões de natureza provisória, como é qualquer uma que é proferida no processo de *référé clássico*, já que aquelas figuras se traduzem em mecanismos de prova tendentes a desembocar numa decisão irrevogável, no primeiro caso, e com capacidade para decidir sobre o fundo da causa, no que concerne ao segundo exemplo ⁽¹⁴⁶⁸⁾. Mas a verdade é que estas modalidades de prova são vulgarmente realizadas no seio dos processos de *référé*, suscitando questões de diversa ordem. Também neste contexto, cumpre notar que a sumariedade, quando positivada por razões de urgência, tem cada vez menos as características da tradicional. E, no contencioso administrativo, não há como

⁽¹⁴⁶⁸⁾ Sobre esta questão, por todos, vd. G. CLOSSET-MARCHAL, «Le juge du provisoire et les règles de preuve...», cit., pp. 155 ss., esp. pp. 158 a 160; J. NORMAND, «Le juge du provisoire et les règles de preuve...», cit., pp. 155 ss., esp. pp. 176 e 177.

negar que o atendimento prioritário e privilegiado da *situação-de-urgência*, seja esta entendida em sentido amplo ou em sentido restrito, combina bem com as limitações do quadro temporal da instância e com a redução do quadro das formalidades da instância, sendo certo que, neste último contexto da simplificação, a urgência tanto impõe a atenuação do carácter contraditório da instrução, mormente no que concerne à sua duração, como impõe, em certas situações, diminuição ou supressão da contraditoriedade ⁽¹⁴⁶⁹⁾ (§ 2.).

Neste contexto, cumpre, pois, perceber que, ao longo dos tempos, sempre existiu uma séria dificuldade em entender de modo uniforme o conceito de *summaria cognitio*, sendo que a polémica que hoje existe em torno desta figura remonta ao *ius romanum*. Na verdade, conhecem-se duas interpretações sobre a figura de *summatim cognoscere*, uma que a associa a redução qualitativa do juízo e outra que a associa a redução quantitativa de prova, sendo certo que, segundo um sector da ciência jurídica romanística, este conceito adquiriu no direito justiniano um significado completamente distinto daquele que possuía no período clássico e pós-clássico. De qualquer modo, segundo o entendimento de um sector da ciência jurídica romanística, o primeiro sentido só por erro atribuído aos compiladores do *Corpus Iuris Civilis* não foi expressamente consagrado no Digesto, mas tal não pressupõe que o conceito de *summatim cognoscere* de matriz justiniana (e o sentido que as Escolas posteriores lhe reconheceram) não tivesse razão de ser. Antes pelo contrário. Esta nova forma de decidir existiu e tinha uma justificação.

É certo que esta dupla leitura do conceito de *summaria cognitio* nunca abandonou a dogmática. E temos para nós que há um sector da ciência do processo civil que vem reiterando, desde algum tempo, um conjunto de erros, a saber: *primo*, associa o conceito de *summaria cognitio* a *summaria cognitio* do processo cautelar. E, como se não existisse *summaria cognitio* para além do domínio da tutela jurisdicional cautelar, esta corrente parte desta última para a primeira, procurando deste modo apurar o conceito de *summaria cognitio*, a partir dos contornos da *summaria cognitio* que é realizada no processo cau-

⁽¹⁴⁶⁹⁾ Com efeito, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 158) escreve o seguinte, a este propósito: «c'est par une réduction de la durée de l'instruction, d'abord, que l'urgence se manifeste dans la procédure. Pour économiser le temps procédural, la durée de l'instruction est écourtée de différentes manières. Dans toutes les procédures d'urgence, l'action contre le temps est menée directement par une accélération de l'instruction: les parties sont seulement tenues de procéder à l'instruction de l'affaire aussi rapidement qu'il nécessaire, sans qu'il soit porté atteinte au respect du caractère contradictoire de l'instruction. L'urgence limite uniquement la contraction dans sa durée. Dans certaines procédures, en outre, l'action contre le temps est aussi menée indirectement par une réduction de l'instruction: l'échange des observations des parties est réduit au *strict minimum*. Dans les cas, l'urgence limite aussi la contradiction dans sa portée».

telar, isto é, num processo acessório que concretiza a provisoriedade. *Secundo*, como se não bastasse, erra no momento em que procede à identificação das especificidades da *summaria cognitio* realizada no processo sumário cautelar. Assim, não se limitando a destacar a abreviação e aceleração do procedimento instrutório, esta corrente tende a associar a *summaria cognitio* à qualidade menos convincente da prova e ao julgamento (do tipo mais ou menos) da prova. E, não distinguindo o julgamento da matéria de facto do julgamento da matéria de direito, a expressão *summaria cognitio* é transposta para jusante, descrevendo o *accertamento* sumário da *quaestio iuris*. *Tertio*, confundindo os conceitos de provisoriedade (interinidade, não esgotamento, não-prejudicialidade) da decisão-sumária que versa sobre a *quaestio iuris* com o julgamento da *quaestio facti*, tende a associar o conceito com diminuição qualitativa de ambos. Ora, neste sentido, percebe-se porque é tão difícil aceitar os conceitos de prova sumária e de cognição sumária, uma vez que tais conceitos surgem construídos em torno do procedimento de instrução probatória e de julgamento da matéria de facto e de direito no processo cautelar — isto é, num processo que desemboca na emissão de decisão provisória. E, por isso, existindo suspeita de redução do material instrutório (incluindo a não realização de prova alguma) e existindo ameaça de diminuição do grau de exigência no julgamento de prova e da questão jurídica, é natural (e legítimo) que alguma doutrina oponha reservas à sua concretização porque não aceita que a emissão de decisões judiciais definitivas obedeça ao mesmo esquema. Enfim, a solução passa por esclarecer os equívocos existentes em torno do conceito da cognição sumária cautelar e passa também por separar o conceito de prova sumária do conceito de prova sumária cautelar, devendo este reajustar-se a partir daquele e não ao contrário.

É neste sentido, aliás, que se compreende que nos estudos realizados mais recentemente se conclui a favor de uma tendência na ciência do direito processual para afirmar a existência do *genus* da *summaria cognitio*, procurando anular algumas das falsas especificidades da «sumariedade cautelar», mantendo apenas aquelas que verdadeiramente o são, em face de outras formas de sumariedade. E, assim, por várias razões, *maxime*, por causa das características próprias do contencioso moderno, a ciência do direito processual vai renovando o entendimento sobre tais figuras clássicas, já que estas parecem cada vez mais desajustadas. E, por conseguinte, no quadro de tanta variedade, a ciência processual vai procurando reduzir as multiplicidades à unidade. É, pois, neste contexto, que se julga poder determinar o *proprium* da *summaria cognitio* a partir da elaboração de *critérios-indicadores* da concretização da técnica da *sumariedade procedimental* e a partir da enumeração de instrumentos de *sumariedade cognitiva*. E estes critérios e instrumentos permitem-nos elaborar um novo conceito de *sumariedade*, um conceito unitário e abrangente,

não obstante assentar na distinção entre aquilo que é o «processo sumário» e o que é a *summaria cognitio*, em primeiro lugar. Depois, surgirá o conceito de cognição sumária e o conceito de julgamento da matéria de facto. Neste contexto, resgatada a partir da figura latina de *summatim cognoscere* e de *prima-facie cognitio*, apresenta-se um novo perfil de sumariedade, um perfil que é absolutamente necessário para sustentar, num contencioso de tipo tardo-moderno, uma das características essenciais da categoria emergente da tutela jurisdicional de urgência: a sumariedade (§ 3.).

§ 1. O PERFIL ITALIANO DA *SUMMARIA COGNITIO*: DA VEROSIMILHANÇA À PROBABILIDADE

Razão de ordem: 0. Introdução. **1.** O pensamento clássico. **2.** A influência do pensamento clássico numa das correntes modernas. **3.** O novo perfil da *summario cognitio* no contencioso tardo-moderno

0. Introdução

A elaboração teórica em torno do conceito da *summaria cognitio* foi sendo desenvolvida pela escola clássica italiana tendo por base fundamentalmente o regime jurídico do código do processo civil relativo à tutela cautelar. Ainda assim, cumpre fazer notar que, no estudo realizado pela escola italiana clássica, aquela expressão também era empregue no contexto dos «procedimenti con prevalente funzione esecutiva». Porém, por causa da urgência e por causa da instrumentalidade, a «cognição sumária» foi sendo revelada com feições qualitativamente distintas quando estudada no seio da tutela cautelar. Na realidade, no contexto do contencioso clássico, a ciência italiana do direito processual entendia a *summaria cognitio* em dois sentidos, associando um deles à urgência, *rectius*, à tutela cautelar. E, esforçando-se por distinguir «a tutela sumária cautelar» da «sumária não cautelar» a partir do critério da «qualidade do accertamento», a escola italiana considerava determinante associar o conceito de *summaria cognitio* a verosimilhança e a prova *prima-facie*. No quadro da prova sumária, a verosimilhança — tanto em sentido amplo (ou probabilidade) como especialmente a verosimilhança em sentido restrito (ou «mera alegação de parte») — assume um papel determinante. É neste contexto que se percebe a preocupação da doutrina italiana em distinguir a «cognição sumária cautelar» da «cognição sumária *tout court*». E esta foi uma preocupação constante, que ainda hoje se mantém num sector da dogmática ⁽¹⁴⁷⁰⁾.

⁽¹⁴⁷⁰⁾ A este propósito, vd., por exemplo, G. ARIETA/F. DE SANTIS/L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, 2.^a ed., Padova, 2005, pp. 137 ss. (esp. pp. 139 e 140); L. MON-

Na verdade, tendo agora como metodologia confrontar o regime traçado nos artigos 163.º a 408.º do Livro II do c.p.c. — onde está traçado o regime próprio da tutela dita de cognição normal e geral — com os regimes especiais de tutela, a doutrina alargou claramente o âmbito do seu objecto de estudo. E, de facto, estendido o estudo à disciplina traçada no Livro IV, relativa aos processos sumários, e também tendo em conta o regime desenhado no capítulo III, concernente aos processos cautelares, *maxime* o artigo 669-*sexies* do c.p.c., um sector da doutrina continua a distinguir a *specie* da tutela sumária cautelar dentro do *genus* da tutela sumária, opondo-se, assim, a outro sector da doutrina que não vê razão para separar qualitativamente os dois tipos de tutela sumária (1471).

Enfim, por outras palavras, podemos dizer que o conceito de *summaria cognitio* tem sido tratado tanto no contexto do regime da tutela cautelar, *id est*, daquele que é tido como modelo típico da «cognição sumária», como tem sido igualmente trabalhado no quadro de outros processos especiais, vulgarmente caracterizados por realizarem uma função antecipatória *tout court*, que com a linguagem tradicional se poderiam agrupar nos «procedimenti con prevalente funzione esecutiva», e em outros tipos de tutela distinta da ordinária. Devemos, todavia, notar que a doutrina nem sempre foi empregando a expressão sumariedade no mesmo sentido. Aliás, o vocábulo foi sendo invocado tanto para qualificar o procedimento sumário como para classificar a cognição sumária, unindo estas duas perspectivas e os conceitos também. E, como se sabe, a junção já foi considerada «insidiosa» para uma correcta definição do conceito de «*summaria cognitio*» (1472).

TESANO/G. ARIETA, *Diritto Processuale Civile*, III (L'esecuzione forzata/I procedimenti contenziosi sommari/Il rito cautelare uniforme), Torino, 1999, pp. 203 ss.

(1471) A este propósito, G. ARIETA/F. DE SANTIS/L. MONTESANO (*Corso base di diritto processuale civile...*, cit., p. 138) referem que «nell'ambito del più genus delle tutele sommarie (o a cognizione sommaria) si debbono distinguere i provvedimenti (e relativi procedimenti) non cautelari ed e provvedimenti (e relativi procedimenti) cautelari», sendo que o «carattere comune a tutte le tutele sommarie è la finalità di rendere al massimo effettiva la tutela giurisdizionale dei diritto». No fundo, a expressão chiovendiana, «dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire», justifica, segundo os autores, a existência de tal tipo de tutela. Afinal, tal função tem hoje consagração nos artigos 24.º e 111.º da Constituição italiana. De resto para os autores, o conceito de sumariedade abrange dois sentidos, o procedimental e o da cognição: «la sommarietà di siffatte forme di tutela è, dunque, in primo luogo sommarietà di cognizione, cioè dell'attività logico-giuridica che il giudice è chiamato a compiere ai fini della pronuncia del provvedimento. Quanto ao aspecto procedimental, os autores consideram que «è particolarmente importante che i procedimenti sommari, pur informati alle sopra accennate caratteristiche di speditezza e semplificazione, siano costruiti dal legislatore in maniera tale da assicurare la permanenza delle fondamentali garanzie difensive delle parti e la mediata decisione del giudice».

(1472) L. LOMBARDO, «Natura e caratteri...», cit., p. 479.

Como apontámos, no seio da escola italiana formaram-se duas correntes de opinião em torno do conceito de *summaria cognitio*, sendo que a expressão é entendida tanto no quadro dos conceitos de «processo sumário» como no de «cognição sumária» e de «juízo sumário». Uma delas, aquela que podemos denominar de corrente clássica, associa a urgência a um processo que pode dizer-se célere, simplificado e abreviado, no âmbito do qual se realiza uma cognição incompleta e superficial, sendo que tal tipo de cognição sumária conduz à formação de um juízo qualitativamente de menor intensidade, denominado por juízo de verosimilhança (1).

Esta compreensão parte de CHIOVENDA e sobretudo de CALAMANDREI e manteve-se até hoje num grupo ou sector da escola italiana moderna. São de facto vários os autores que consideram necessário distinguir a *summaria cognitio* cautelar da demais *summaria cognitio*, realizada em outros processos. Aliás, como teremos oportunidade de verificar, aquele primeiro conceito encontrou eco entre nós, mantendo-se ainda plenamente em vigor. Há, contudo, sinais de mudança em curso que nos levam a questionar se não se terá mesmo esfumado, hoje, o conceito clássico de verosimilhança, da lavra de ALBERTO DOS REIS, quer por via das alterações legais introduzidas no código do processo civil, no último quartel do século passado, e conseqüente actuação jurisprudencial posterior, quer por via das iniciativas reformadoras recentes (2).

A outra corrente moderna italiana surge enquadrada num cenário de «tendência para a sumarização do modelo da instrução probatória civil» e, por isso mesmo, classificamo-la de desalinhada, uma vez que alarga o conceito de *summaria cognitio* e contrapõe-o ao conceito de *cognitio plena*, sendo que este traduz o procedimento de instrução probatória regra ou comum. Ora, daqui resulta que aquela expressão passa a abranger um conjunto de processos especiais, simplificados, distintos e heterogéneos, caracterizados por neles se realizar uma instrução probatória distinta, sujeita a um conjunto especial de regras de produção e aquisição de prova, sendo que, para esta corrente, de tal simplificação e aceleração não tem obrigatoriamente de resultar um *accertamento* distinto ou juízo final de qualidade menor. É um conceito reformulado e unificado este que agora nos é apresentado (3).

1. O pensamento clássico

Como tivemos oportunidade de verificar, o conceito de *summaria cognitio* ocupa um lugar central na obra realizada em torno da tutela de urgência de matriz cautelar, pela escola clássica italiana. E dos estudos realizados sobre esta figura realça-se o *calamandreiano*. Na realidade, a perspectiva clássica assenta numa compreensão qualitativa de *summaria cognitio* e associa-a à cognição sumária cautelar. Mais do que na sua *Introduzione*, é num artigo

publicado em 1955 que CALAMANDREI nos esclarece sobre a *summaria cognitio* e o conceito de verosimilhança. Assim, entendido num primeiro momento em três sentidos, é todavia, explicado num sentido restrito no quadro da tutela de urgência. E a expressão verosimilhança é associada a cognição sumária e ambas são compreendidas no contexto dos processos sumários, sendo que, mais propriamente, o termo verosimilhança surge explicado a propósito do *quantum* da prova necessário para o decretamento de certas providências urgentes, *maxime*, as providências cautelares. Assim, se o conceito amplo de verosimilhança seria sinónimo de verdade juridicamente possível — e, que é o mesmo, de probabilidade — já o conceito em sentido restrito corresponde ao juízo próprio dos processos sumários cautelares, sendo que, para o autor, a compreensão da expressão verosimilhança neste contexto seria sinónimo de *summaria cognitio* ⁽¹⁴⁷³⁾.

Vejamos melhor: porque a lei lhe dá relevância autónoma perante o juízo de verdade, o juízo de verosimilhança é associado a um procedimento de instrução probatória especial, no âmbito do qual a mera alegação dos factos é considerada como meio de prova, já que, como afirmava, «o juízo de verosimilhança, nos casos em que o direito processual o considera autonomamente relevante tem isto de característico: é um juízo realizado não sobre factos, mas sobre a afirmação dos factos, isto é, a partir da alegação (*positio*) do facto proveniente da parte requerente que está obrigada a prová-lo e que o afirma como já existente» ⁽¹⁴⁷⁴⁾, sendo essa justificação considerada suficiente

⁽¹⁴⁷³⁾ Sobre este tema, vd. o nosso «Verdade e verosimilhança...», cit., pp. 637 ss.

⁽¹⁴⁷⁴⁾ Como ensinava CALAMANDREI, para se perceber esta distinção é necessário atender ao momento em relação ao qual, no decurso do processo, a lei considera útil dar diferente relevância aos dois juízos. Por vezes, o sistema probatório pode atribuir ao juízo de verosimilhança uma relevância preventiva. Assim acontece quando este é realizado num momento inicial do processo, antes de recolhido o material probatório e antes de proferido o juízo definitivo de verdade. Com efeito, no quadro do modelo *secundum allegata et probata partium*, o juízo de verdade surge posteriormente à prova, sendo resultado de um confronto entre a representação da parte (*thema*) e a representação das provas (demonstração). Ao contrário, o juízo de verosimilhança surge ainda na fase da alegação e não aguarda pela representação probatória do facto a provar: antes desse exame em concreto, ele baseia-se na máxima de experiência, que atende à frequência com que na realidade se produzem factos desse tipo afirmados. É um «juízo típico abstracto» que não surge da oposição entre várias representações probatórias, mas surge do confronto entre aquilo que a parte afirma e o juízo de ordem geral pré-estabelecido, tendo por objecto a categoria típica dos factos do género. Enfim, aquele tem uma natureza final e este tem um carácter instrumental. E o autor dá-nos conta de existência de juízos preliminares de verosimilhança com função eliminatória e selectiva. Com efeito, CALAMANDREI indica no seu artigo, designadamente, um conjunto de situações em que o juízo de verosimilhança se realiza no decurso da instrução, e mais propriamente na sua fase inicial, quando o juiz é chamado preliminarmente a decidir designadamente sobre a admissibilidade da prova proposta pelas partes ou sobre a

para formar a convicção do juiz quanto à existência do facto, dispensando-o da sua prova ⁽¹⁴⁷⁵⁾.

Por outro lado, o juízo de verosimilhança, porque apresentado no contexto dos processos sumários («procedimenti sommarii») ⁽¹⁴⁷⁶⁾ — que eram então definidos pelo Professor italiano como «processos que visam simplificar e acelerar a prolação de uma decisão judicial e que têm natureza provisória e urgente» — e no contexto da urgência é distinto porque pode ser formado tendo por base «provas mais leves» ou provas *prima facie*, como lhe chamava CHIOVENDA, que são suficientes para dar lugar à prolação de uma decisão possessória ou cautelar favorável ao requerente. E são casos típicos deste fenómeno, isto é, casos de verosimilhança contemplados na lei processual civil italiana, na altura em que CALAMANDREI escreveu o seu artigo, os processos sumários para tutela da posse (artigo 1168.º do Código Civil) — nos termos do qual «a reintegração dependia da simples notoriedade do facto» — e os processos sumários cautelares, cuja decisão judicial favorável dependeria da realização de «informações sumárias», desde que necessárias. Com feito, assim estava previsto para a decretação da providência cautelar meramente conservatória (nos termos do artigo 690.º do c.p.c.), da providência de realização antecipada de prova (nos termos do artigo 695.º do c.p.c.), do arresto (nos termos do artigo 672, 4.ª alínea), do embargo de obra nova, cuja pronúncia dependia de «sommaria cognizione del fatto», nos termos do artigo 1171.º, e das providências de urgência (previstas no artigo 700.º do c.p.c.).

Em todos estes casos, destaca-se a existência de um tipo de cognição que tem subjacente uma especial produção de prova: «a possibilidade de utilização de provas *leviores* não constitui uma simples faculdade dada ao juiz, bem pelo contrário, estas normas vinculam-no, de tal modo que ele deve decidir favoravelmente ao requerente mesmo na falta de prova que lhe dê certeza». Na verdade, alertava CALAMANDREI, «o legislador não fala expressamente de verosimilhança: prefere referir que a providência é precedida de «sommari informazioni», «assunte quando occorre», sendo que a instrução sumária rea-

admissibilidade da própria acção. Neste último caso, esta solução, que para CALAMANDREI era ainda, nessa altura, de *iure condendo*, permitia, como regra geral, examinar liminarmente a acção e avaliar da sua *attendibilità prima facie*, daqui resultando a eliminação à nascença de acções *prima facie* infundadas.

⁽¹⁴⁷⁵⁾ P. CALAMANDREI («Verità e verosimiglianza...», cit., p. 182) ensina também que este tipo de juízo com função selectiva e eliminatória tem tradição na história do processo. A este propósito relembra o *iuramentum calumniae*, nos termos do qual a parte é chamada a jurar em termos de boa fé (*Istud juretur, quod lis sibi justa videtur*), sendo que a negação de juramento tinha como consequência o indeferimento da petição. Esta declaração, que é lembrada neste contexto pelo Professor italiano, servia, pois, como instrumento de triagem ou selecção preliminar de acções.

⁽¹⁴⁷⁶⁾ P. CALAMANDREI, «Verità e verosimiglianza...», cit., p. 186.

lizada nestes processos cautelares resume-se, na realidade, a um «juízo de verosimilhança assente sobretudo na credibilidade («attendibilità») da alegação, «a qual pode somente ser suficiente» para suportar a decretação da providência cautelar requerida, bastando, para isso, que, no caso concreto, o juiz não considere necessário realizar mais prova («sommariè informazioni») para alcançar um grau maior de credibilidade das alegações (1477). De qualquer modo, CALAMANDREI afirmou que aquele juízo de verosimilhança é um «juízo hipotético» (1478) e é um juízo provisório, «um juízo que é considerado pela lei com relevância autónoma», «como fase distinta e contraposta à fase de descoberta da verdade». Esta é uma posição que jamais foi abandonada por um sector da ciência do direito processual italiana vindoura: o juízo sumário próprio dos processos cautelares contrapõe-se ao juízo pleno que é próprio do processo principal, e por isso é um juízo de menor intensidade.

Enfim, receando que a clarificação do conceito não fosse total, CALAMANDREI elucidou ainda que no tipo de casos que acabámos de exemplificar — *maxime*, nos processos cautelares previstos no c.p.c. em 1955 —, o juízo de verosimilhança, «realizado, muitas vezes, a olho nu», é suficiente para despoletar a pronúncia de decisões judiciais favoráveis, sendo que estas, por causa da sua instrumentalidade, estão destinadas a ter uma duração provisória, já que num outro processo, no qual o juiz procede à cognição aprofundada da verdade, «usando para o efeito instrumentos de precisão», será proferida uma decisão judicial definitiva que substituirá a provisória (1479). Aquelas são, pois, decisões interinas, que, por isso mesmo, podem fundar-se «num pedestal pouco resistente de verdade, também ela interina, pronunciada a partir de uma valoração de verosimilhança» (1480).

(1477) No texto original de P. CALAMANDREI («Verità e verosimiglianza...», cit., p. 186) pode ler-se o seguinte: «Ma questa sommarietà di indagine si risolve in realtà quasi sempre in un giudizio di verosimiglianza fondato soprattutto sulla attendibilità della allegazione, la quale può bastare essa sola, qualora il giudice ritenga che non ci sia bisogno neanche di assumere sommarie informazioni per renderla maggiormente credibile, alla concessione del provvedimento».

(1478) CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 64 ss.) utiliza a expressão «juízo hipotético» querendo com ela dizer que a cognição sumária sobre a existência do direito tem valor «non di accertamento ma di ipotesi»: «se questa ipotesi corrisponda alla realtà si potrà vedere soltanto quando sarà emanato il provvedimento principale». E a este propósito, seguindo o pensamento de CALAMANDREI, observa LIEBMAN («Unità del procedimento cautelare...», cit., p. 252) que em relação ao direito alegado pelo requerente, o juiz cautelar não pode «accertare l'esistenza», uma vez que «accertare l'esistenza è compito proprio del processo principale, bensì soltanto constatar la verosimiglianza».

(1479) Este conceito é explicado por CALAMANDREI tanto na sua *Introduzione* (pp. 113 ss.), como no seu artigo intitulado «Efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento in pendenza di prove sull'opposizione», in: *Giuripr. Ital.*, 1937, pp. 307 ss., esp. p. 314.

(1480) É o seguinte o conteúdo do artigo de CALAMANDREI («Verità e verosimiglianza...», cit., p. 187): «Qui, in questi procedimenti sommari, basta il giudizio di verosimiglianza a dar luogo

2. A influência do pensamento clássico no pensamento moderno

Cumpra notar que estes conceitos calamandreianos são justificados no contexto de um tipo de tutela urgente caracterizada como acessória-instrumental e provisória, um tipo de tutela que se manifesta na adopção de medidas asseguradoras e conservatórias. Ora, como se sabe a partir dos anos setenta do século passado, este quadro altera-se e torna-se, agora, mais complicado sustentar as posições defendidas pela escola clássica. Na verdade, se a doutrina clássica considerava suficiente para proporcionar uma tutela urgente a emissão de decisões em que o juiz procede a uma cognição superficial e a um juízo de verosimilhança, agora seria mais difícil sustentar tal tipo de cognição para a adopção de providências antecipatórias. Com efeito, assistindo-se ao crescente esfumar das características de instrumentalidade e de provisoriedade, fácil seria perceber que os contornos da *summaria cognitio* teriam de ser repensados. Contudo, não obstante o reajustamento, há um sector da doutrina moderna italiana que continua a seguir a mesma linha de pensamento da escola clássica. E, por isso, continua, pois, a distinguir dois tipos de cognição sumária, ou melhor, continua a sustentar um conceito bidimensional de *summaria cognitio*, sendo um desses conceitos associado à tutela da urgência concretizada através de processos acessórios ou cautelares. Neste sentido, fácil é perceber que esta ala da doutrina vem reiterar a distinção qualitativa entre a «cognição sumária cautelar» e a «cognição sumária não cautelar». Integram este núcleo dos alinhados, ARIETA, TOMMASEO, MONTESANO e TARZIA (2.1.).

E, entre nós, estes conceitos são completamente aceites. Aliás, como teremos oportunidade de verificar, aquele primeiro conceito encontrou total acolhimento entre nós, mantendo-se ainda plenamente em vigor. Contudo, como tivemos oportunidade de dizer nas considerações introdutórias, há sinais de mudança em curso, o que nos leva a questionar se hoje o conceito clássico de verosimilhança da lavra de ALBERTO DOS REIS ainda fará sentido. E assim é, tanto por via das alterações legais introduzidas no código do processo civil, no último quartel do século passado, como por força das transformações ocorridas na *praxis*. Aliás, as reformas introduzidas mais recentemente são prova da falência do conceito clássico da *summaria cognitio* (2.2.).

senz'altro al provvedimento (possessorio o cautelare) favorevole: il che è ammesso, perché questo è un provvedimento destinato ad aver vita provvisoria, fino a che in un altro processo, nel quale il giudice procederà normalmente a una indagine approfondita di verità, si possa giungere al provvedimento definitivo, destinato a prendere il posto di quello provvisorio. Si tratta di provvedimenti interinali; che, appunto per questo, possono fondarsi sul piedistallo poco resistente di una verità anch'essa interinale, quale può venir fuori da una semplice valutazione di verosimiglianza».

2.1. Com efeito, relacionando sempre a cognição sumária com a função da tutela cautelar, os autores italianos realçam algum aspecto especial do procedimento de produção de prova, em especial a suficiência da mera alegação («fundamentação» ou «credibilidade»), ou invocam a liberdade de forma da produção da prova sumária cautelar, *maxime*, as «*sommarie informazioni*», ou apelam ao especial *thema decidendum, id est, ao thema* de probabilidade ou de possibilidade, ou negam a ausência do carácter «dichiarativo» do juízo sumário, associando-o ao «juízo limitado», «juízo hipotético», ou «juízo de menor intensidade». Vamos ver mais de perto o que é que os autores da escola italiana (que não rompem com a bitola clássica) escreveram sobre a técnica da sumariedade. Destacamos os estudos de ARIETA (2.1.1.), de TOMMASEO (2.1.2.), de MONTESANO (2.1.3.) e de TARZIA (2.1.4.). Também FAZZALARI retoma o pensamento clássico sobre o conceito de cognição cautelar, apontando que esta é, de facto, uma cognição sumária que não retira do processo sumário a sua especificidade. A especificidade decorre tanto da provisoriidade da decisão como do especial objecto sobre que incide a cognição: o *fumus* do mérito da causa principal e o *periculum in mora* (1481). Cumpre notar, no entanto, que não obstante a influência ideológica e terminológica de CALAMANDREI, os autores têm noção de que a realidade jurídica se alterou significativamente. Como alerta TARZIA, na prática dos tribunais «a *cognitio summaria* tem vindo a transformar-se numa *cognitio plena* da questão de facto e da questão de direito» (1482). E, assim, neste quadro, os autores consideram que, como a tutela cautelar continua a ser a única forma de tutela que é afirmada como distinta e como figura autónoma pelo seu perfil funcional, tal função justifica a existência de um tipo de cognição sumária especial, perante a demais cognição sumária: a cognição sumária cautelar (1483).

(1481) Com efeito, E. FAZZALARI («Profili della cautela», RDProc., 1991, pp. 1 ss.) refere que no âmbito do processo cautelar se realiza uma cognição sumária, sendo que esta não se confunde com outros tipos de cognição sumária, nem em termos da eficácia, nem em termos do objecto de cognição: a tutela cautelar é sempre provisória e, quanto ao objecto de cognição, esta assenta sobre o *fumus* do mérito da causa e o *periculum in mora*. Assim: «si tratta di una cognizione sommaria. Tuttavia, ciò non consente di confondere il provvedimento cautelare con “il provvedimento di merito previa cognizione sommaria”. Vero è che, nel rito civile, la cautela è collocata sotto il titolo dedicato ai “procedimenti sommari” ma ciò non incide sulla evidente differenza: sia a causa della diversità di efficacia (...) sia in ragione dell’oggetto della cognizione — quella che precede i primi provvedimenti riguarda il merito, quella che precede i secondi involge, a seconda del tipo de provvedimento, oltre il *fumus* del merito anche altri elementi connessi alla funzione cautelare, quale, ad es., l’estremo del *periculum in mora*».

(1482) Neste sentido, G. TARZIA, «Providências cautelares atípicas (uma análise comparativa)», RFDUL, 2000, p. 245.

(1483) A este propósito, por exemplo, G. ARIETA/F. DE SANTIS/L. MONTESANO (*Corso base di diritto...*, cit., p. 138), no contexto da «actividade lógico-jurídica que o juiz é chamado

2.1.1. Em primeiro lugar, elegemos para consideração o estudo de ARIETA, um estudo assente na dogmática clássica, onde a associação entre a urgência, a sumariedade e a provisoriedade é bem clara ⁽¹⁴⁸⁴⁾. Com efeito, este autor, citando CONGLIO, define cognição sumária como aquela «mais sucinta e menos aprofundada», como cognição que pode mesmo ser «aparência de cognição», lembrando, na senda do critério chiovendiano, que faz sentido distinguir aquilo que é o «processo sumário» daquilo que é a «cognição sumária» ⁽¹⁴⁸⁵⁾, uma vez que uma coisa é a forma processual, outra é a intensidade do exame dos factos e do direito que sustenta a decisão judicial, sendo que, no processo cautelar, a cognição sumária retira da função meramente instrumental o seu carácter especial: «é meio para a actuação da cautela» ⁽¹⁴⁸⁶⁾. Neste sentido, seguindo pontualmente a linha calamandreiana, o autor afirma que a cognição sumária cautelar encontra a sua justificação no especial objecto da actividade cognitiva que consiste na verificação sobre a provável existência do direito a acautelar (*fumus boni iuris*) e a existência do *periculum in mora* ⁽¹⁴⁸⁷⁾. Trata-se de um duplo juízo de probabilidade: sobre o direito, o juiz deve formar uma simples «opinião de credibilidade» («*sempllice opinione di credibilità*»), sem que seja necessário garantir com verdadeira segurança a sua existência, já que para isso seria necessário um juízo de certeza sobre essa questão; sobre o

a realizar, com vista à emissão da decisão, distinguem a cognição sumária incompleta da cognição sumária superficial, sendo certo que associam a cognição sumária superficial à cautelar. Assim, escrevem o seguinte: «La cognizione sommaria può essere: incompleta, quando la pronuncia si fonda su quel che, al momento, risulta agli atti del processo in corso; superficiale, quando la pronuncia è basata su una valutazione meramente probabilistica circa l'esistenza del diritto oggetto di tutela, valutazione che la legge rimette al giudice caso per caso, ovvero consente in via generale in relazione alle prove della fattispecie costitutiva che la stessa legge considera più certe, o meno incerte, di altre».

⁽¹⁴⁸⁴⁾ G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1982, pp. 47 a 50.

⁽¹⁴⁸⁵⁾ Como já vimos, CHIOVENDA (*Principii...*, cit., p. 202) estabelecia uma diferença entre cognição sumária e processo sumário: «proceder a uma cognição completa ou não tem a ver com «le condizioni del provvedimento del giudice e non le forme: così la cognizione “completa” (che si há quando il convenuto, prima del provvedimento del giudice, è ammesso a far valere tutte le eccezioni contro la domanda ed allorchè la domanda, anche nella contumacia del convenuto è esaminata in tutti i suoi elementi costitutivi) può manifestarsi con forme più complesse (procedimento *formale*) ou più semplici (procedimento *sommario*)».

⁽¹⁴⁸⁶⁾ Expressão que ARIETA foi buscar a LIEBMAN, «Unità...», cit., p. 108.

⁽¹⁴⁸⁷⁾ G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 48 e 49. Diz o autor: «Risolvendosi la cognizione sommaria in un giudizio di probabilità e di verosimiglianza, il giudice, in sede cautelare, dovrà verificare che, secondo un calcolo di probabilità, si possa prevedere che il provvedimento di merito accertará il diritto in senso favorevole a colui che richiede la misura cautelare». «Si è, dunque, in presenza non di un accertamento, ma di un'ipotesi che potrà essere verificata soltanto allorchè sarà emanato il provvedimento principale e che trova il suo fondamento nel carattere strumentale della tutela cautelare».

periculum in mora, a cognição deve pretender um juízo de verosimilhança sobre a ameaça do evento danoso futuro. Neste sentido, ARIETA conclui que «o juízo de probabilidade não só difere funcional e estruturalmente de um juízo de certeza» como, citando o traço *liebmaniano*, igualmente conclui que é um «juízo de valor limitado» (1488). É um juízo suficiente para justificar exclusivamente o decretamento ou o indeferimento da providência, não tendo qualquer relevância fora do processo cautelar (1489).

Enfim, ARIETA afirma que a cognição cautelar deve limitar-se, no que respeita à averiguação sobre a situação jurídica a acautelar, a um juízo de probabilidade e verosimilhança («*apparenza del diritto*» (1490)), sendo suficiente que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que a sentença principal declarará o direito no sentido favorável a quem solicitou a providência cautelar. Na realidade, está-se em presença não de um «*accertamento*» mas de uma hipótese que só será confirmada quando o processo principal for decidido. Trata-se de um «juízo hipotético» que não visa transformar-se em «*accertamento*», já que, quando há certeza sobre o direito, a providência cautelar deixa de existir porque se esgotou a sua função (1491). Parece lógico concluir-se que a impossibilidade de conseguir a prova da certeza sobre a existência da situação jurídica a proteger é inata à natureza e à função da tutela cautelar, sendo que é a própria cognição cautelar que permite excluir a possibilidade de conseguir a prova de certeza do direito, «não tanto por causa da inadequação dos instrumentos e meios de prova, mas por causa do nível de aprofundamento da actividade cognitiva do juiz» (1492).

(1488) Por exemplo, G. ARIETA (*I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 47, nota 45), como vimos, considerava como denominador comum de todos os processos sumários (cautelares e não cautelares) a necessidade de atribuir ao juiz a cognição definida como sumária, «*assim chamada porque se concretizaria numa cognição “mais sucinta” e menos aprofundada*», *id est*: «*più succinta*» e meno *approfondita*, quando non è *addirittura una larva di cognizione*». Aliás, ARIETA não duvida que a noção de *summaria cognitio* tem um significado diferente quanto referido no contexto dos processos sumários *tout court*. De facto, G. ARIETA, citando GARBAGNATI (*I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979, p. 5), refere que a sumariedade não determina uma idêntica natureza e efeitos em todos os processos em que a cognição sumária está presente: nos processos cautelares, essa cognição é adequada à pronúncia de uma decisão provisória, o mesmo não acontecendo em outro tipo de decisões judiciais, tais como no caso do «*decreto ingiuntivo o dell'ordinanza di convalida di sfratto*».

(1489) G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 49.

(1490) P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 63.

(1491) Neste sentido, G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 49, que segue o raciocínio de P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., p. 64.

(1492) Neste sentido, G. ARIETA (*I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 50) escreveu: «È, poi, la stessa cognizione sommaria, su cui poggia il provvedimento cautelare, che porta ad escludere la possibilità di raggiungere la prova sulla certezza del diritto, non tanto a causa della

2.1.2. Em nosso entender, é TOMMASEO quem mais associa o conceito de urgência ao de cognição sumária e quem mais desenvolve as especificidades da cognição sumária cautelar, especialmente a de um tipo de prova, e do conceito de verosimilhança, tendo mesmo afirmado que os «provvedimenti d’urgenza», previstos no artigo 700.º do c.p.c., fazem parte da categoria da tutela jurisdicional cautelar, porque o tipo de cognição que no seu âmbito o juiz realiza para decretar a providência urgente não especificada corresponde à *summaria cognitio*. Aliás, é neste contexto que o autor prova a unidade sistemática da tutela cautelar ⁽¹⁴⁹³⁾. Com efeito, o autor, não recusando as posições doutrinárias sobre esta temática de Mestres que o antecederam ⁽¹⁴⁹⁴⁾, concluiu que a tutela jurisdicional cautelar, na qual não se encontra qualquer efeito *dichiarativo* sobre a existência do direito acautelando, se distingue de outro género de tutela jurisdicional precisamente pelo tipo de cognição que nela se realiza ⁽¹⁴⁹⁵⁾. Assim, o juiz cautelar limita-se a realizar «uma valoração de mera verosimilhança sobre a alegação dos factos relevantes para a contenda», sendo que «a valoração assenta não propriamente no material probatório junto ao processo (ou não tem obrigatoriamente de assentar), mas resulta da verosimilhança das alegações da parte, baseando-se num cálculo de mera probabilidade» ⁽¹⁴⁹⁶⁾. Continuando o raciocínio, o autor distingue o juízo cautelar do juízo de fundo: no processo cautelar «concretiza-se um tipo de juízo que diverge profundamente do realizado na decisão de mérito», já que neste tipo, em vez de uma «valoração da verosimilhança das alegações», se «procura a verdade dos factos, a fim de ser emitido o *accertamento* sobre a situação substancial controvertida», alertando, contudo, que «a procura da verdade visa o *accertamento di una verità formale o giudiziale* e que nem sempre é possível alcançar uma «verità storica» ⁽¹⁴⁹⁷⁾.

inadeguatezza degli strumenti istruttori, quanto per il livelli di “approfondimento” dell’attività cognitiva del giudice, intesa come valutazione degli elementi di prova raccolti finalizzata per la decisione».

⁽¹⁴⁹³⁾ Neste sentido, F. TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, esp. pp. 164 ss.

⁽¹⁴⁹⁴⁾ Neste contexto, podemos afirmar que o autor seguiu LIEBMAN («Unità del procedimento cautelare...», cit., esp. p. 107) e CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., p. 71).

⁽¹⁴⁹⁵⁾ Cfr. A. PROTTO PISANI, para quem a sumariedade cautelar não existe, já que, segundo o autor, a tutela cautelar não se distingue de outras categorias de tutela pelo tipo de cognição que nos processos cautelares se realiza.

⁽¹⁴⁹⁶⁾ F. TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza...*, cit., p. 162.

⁽¹⁴⁹⁷⁾ Sobre esta questão e a impossibilidade de, sob o ponto de vista do conhecimento processual, se atingir uma certeza jurídica, o autor não diverge de P. CALAMANDREI («Verità e verosimiglianza nel processo civile...», cit.), como tivemos oportunidade de verificar no nosso «Verdade e verosimilhança...», cit., pp. 638 ss.

Para TOMMASEO, «a valoração de probabilidade traduz-se em atribuir um fundamento meramente lógico ao juízo de verosimilhança sobre as alegações das partes». Neste sentido, verosímil é, assim, considerado como sinónimo de provável, ainda que, sob o ponto de vista mais rigoroso, haja, como já havia demonstrado CALAMANDREI, uma distinção progressiva entre «possível», «verosímil» e «provável» (1498). A probabilidade pressupõe uma «relação de confirmação lógica» entre proposições que descrevem os factos e não sobre os factos (1499). Na verdade, segundo este autor, a demonstração de um facto, em termos de verosimilhança, pode alcançar-se por duas vias distintas (1500): *a*) pode resultar da avaliação dos dados fornecidos pela actividade probatória, isto é, do material probatório trazido para o processo e, mais precisamente, pode resultar de um «juízo *sumário* realizado através de meios de prova oferecidos pelas partes»; *b*) pode resultar de «uma valoração que, prescindindo inteiramente de meios de prova e da sua eficiência quanto à formação do convencimento, tem por base uma probabilidade sobre a existência do facto afirmado como existente». Neste sentido, para o autor, a verosimilhança própria do juízo cautelar revela-se como distinta estruturalmente, visto que pode assentar sobre a mera alegação das partes, não sendo necessário a realização de prova, como acontece para os demais processos sumários onde a mera alegação não é idónea a formar o convencimento do juiz (1501).

(1498) Neste sentido, vd. o nosso «Verdade e verosimilhança...», cit., pp. 639 e 640.

(1499) A este propósito, vd. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 236 ss.

(1500) Neste sentido, F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 164 e 165.

(1501) Com efeito, ainda que a doutrina italiana tradicional afirmasse que o juízo de verosimilhança sobre os factos alegados caracterizava tanto os processos de cognição sumária cautelar como os de estrutura não cautelar, TOMMASEO não se acomodou e introduziu novidades. Afirmava-se, de facto, que a verosimilhança podia basear-se em provas *leviores* (ditas *prima facie*) e que (na ausência de melhor prova) a valoração *in senso lato* como prova testemunhal *a pro se declaratio* da parte sobre a existência dos factos se traduzia na aproximação destas duas técnicas, visto que o «accertamento sommario» poderia, assim, com esta prova formar-se. Parece, contudo, que a prova *prima facie* assim entendida não deve existir, pois a alegação de parte não poderá ser entendida como meio de prova. E isto é assim para todos os juízos tendentes a realizar uma função «dichiarativa», mesmo que sejam os «procedimenti sommari che culminano in provvedimenti provvisori che aspirano a diventare essi stessi i provvedimenti che decidono definitivamente la controversia nel merito». Nestes, a verosimilhança é sempre fruto «di una valutazione dell'efficacia dei mezzi probatori e non già de un mero calcolo probabilístico». Assim acontece nos processos em que se permite que a procedência da tutela requerida dependa da existência de prova escrita (que permita inferir um juízo de verosimilhança sobre a existência do direito) ou o valor legal resultante da falta de comparecimento do intimado ou a não apresentação de contestação pelo demandado. Nestes casos, as provas *leviores* são provas leves que, contudo, «non deve essere confusa con mancanza della prova» ou, ainda, a utilização de presunções legais. Aliás, nestes processos há regras que disciplinam a sua eficácia relativamente ao convencimento do juiz. Neste sentido, F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 166.

Pelo contrário, é no juízo cautelar que ganha relevância o juízo de probabilidade sobre que se funda a valoração da verosimilhança das alegações das partes («della verosimiglianza delle manifestazioni narrative delle parti») ⁽¹⁵⁰²⁾. Com isto não se exclui, afirmava TOMMASEO, que a formação do convencimento do juiz cautelar não possa resultar de material probatório produzido e junto ao processo. Isto quer dizer tão só que a providência cautelar pode ser decretada somente atendendo à credibilidade que mereçam as alegações das partes ⁽¹⁵⁰³⁾. Este é, pois, o aspecto distintivo da cognição cautelar, por contraste com a demais cognição sumária não cautelar. A urgência pode ser de tal ordem que justifique um tão significativo desvio às mais elementares regras de prova: a mera justificação pode ser suficiente, desde que credível, para sustentar o decretamento de uma providência urgente.

Enfim, é assim que se desenrola a cognição cautelar e se concretiza o juízo cautelar, que tem de especial o facto de ser «hipotético». A apreciação do direito a acautelar e do *periculum in mora* concretiza-se em termos de probabilidade — e, logo, em termos de hipótese — e não tem em vista o «accertamento sui fatti della causa». A instrumentalidade do juízo cautelar é, portanto, incompatível com a antecipação do juízo de certeza que recairá sobre o mérito da causa. E o exame desenvolvido no âmbito do processo cautelar esgota-se na emissão da medida cautelar, não contagiando, de modo algum, o juízo de fundo, nem tendo capacidade para produzir efeitos fora dele, já que lhe falta a «struttura dichiarativa», típica das decisões de mérito ⁽¹⁵⁰⁴⁾. Compreende-se, pois, que, para TOMMASEO, a distinção entre as figuras de «tutela sommaria cautelare» e as figuras que se servem da técnica da sumariedade (e às quais falta a natureza cautelar) residisse no tipo de prova e em especial na vero-

⁽¹⁵⁰²⁾ Neste sentido, F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 167.

⁽¹⁵⁰³⁾ Estas serão valoradas em termos de probabilidade e não em termos de certeza («mera attendibilità delle allegazioni valutata secondo un giudizio formulato in termini di probabilità e non di certezza»). Fala-se, neste caso, de «una valutazione preventiva della verosimiglianza dei fatti allegati». De qualquer modo, nos processos cautelares o juiz tem poderes de produção oficiosa de prova: «le sommarie informazioni», a audição das partes e actos de perícia que permitem ao juiz conhecer os factos da causa. Contudo, para o autor, a alegação sobre a ocorrência dos factos é suficiente para que o juiz forme a sua convicção.

⁽¹⁵⁰⁴⁾ Daqui decorre que a providência cautelar não pode de modo algum «pregiudicare la decisione nel merito della causa». Ela pode antecipar os efeitos da sentença de mérito, mas não pode antecipar o juízo, uma vez que, como escreve o autor, «nessuna decisione sul merito della controversia è stata presa, né sarebbe stato giuridicamente possibile prendere», no decurso e no âmbito de um processo cautelar. A verdade é que se nega à tutela cautelar qualquer atitude para realizar uma «tutela dichiarativa» dos direitos que são o seu objecto. Claro está que F. TOMMASEO (*I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 170) ao assim escrever se inspira claramente em LIEBMAN («Unità del procedimento cautelare...», cit., p. 108) e P. CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 63 ss.).

similhança das alegações de parte. E assim, de acordo com o seu método: «se a concessão da medida é subordinada ao juízo *iuxta alligata et probata partium*, está-se perante uma cognição do tipo «dichiarativo», ainda que a cognição pareça sumária. Se pelo contrário, a medida sumária prescinde de uma valoração do grau de eficácia de prova e não precisa de elementos de prova para chegar a uma valoração da verosimilhança das alegações, a qual tem por base um mero cálculo de probabilidade, nesse caso está-se perante um juízo hipotético, ou seja um juízo sumário de tipo cautelar», ao qual falta qualquer «funzione dichiarativa»⁽¹⁵⁰⁵⁾. Em suma, TOMMASEO deixou claro que «*il carattere cautelare di un determinato provvedimento può essere anche fondato sul modo in cui esso si forma e, in particolare, sul modo in cui si forma il convincimento del giudice all'atto della concessione della misura richiesta*». Na verdade, «*l'estraneità d'una funzione dichiarativa dall'ambito della tutela cautelare è provata dal tipo di giudizio che si svolge nel suo interno e che si risolve sempre in una valutazione di verosimiglianza, fondata su un calcolo di probabilità dell' esistenza del diritto cautelando*».

2.1.3. Também MONTESANO associa a urgência à provisoriedade, à antecipação e à sumariedade, sendo que distingue a sumariedade cautelar da outra sumária não urgente, servindo-se dos conceitos clássicos da lavra de CALAMANDREI, em especial dos que decorrem da instrumentalidade da tutela cautelar. Assim, para o autor, a cognição cautelar é um tipo de cognição sumária — sumária significa que o tipo de exame que é próprio desta cognição, no que respeita aos factos que constituem o seu objecto e às fontes de convencimento do juiz, é ou menos completo ou também menos profundo e mais acelerado (ou apressado) na descoberta da verdade, do que é a instrução que é própria da cognição que se pode dizer normal⁽¹⁵⁰⁶⁾. Com efeito, para o autor,

⁽¹⁵⁰⁵⁾ Pelo que se acaba de dizer, não surpreende que F. TOMMASEO (*I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 171) tenha concluído pela natureza cautelar do juízo realizado no âmbito do processo de urgência, previsto no artigo 700.º do c.p.c., que permite obter a antecipação dos efeitos de uma sentença de mérito, uma vez que esta figura tem, quanto ao tipo de cognição previsto, uma estrutura cautelar.

⁽¹⁵⁰⁶⁾ A este propósito, L. MONTESANO («Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare», RDProc. (2), 1999, p. 309) escreve que a «cognizione cautelare è di quelle che si vuol definire sommarie: sommarie significa (...) che nelle cognizioni, di cui ora si parla, le istruttorie, in riguardo ai fatti che ne sono oggetto e alle fonti del convincimento del giudice, sono o solo meno complete o anche meno approfondite e più affrettate nella ricerca delle verità di quel che sono le istruttorie della cognizione che possiamo definire normale, cioè disciplinata nel libro II del c.p.c.». Para outras considerações do mesmo autor, vd. «Luci ed ombre in leggi e proposte di 'tutele differenziate' nei processi civile», RDProc., 1979, pp. 593 ss.; IDEM, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2.ª ed., Torino, 1994, pp. 291 ss.

o procedimento instrutório sumário é menos completo, é menos profundo e é mais acelerado na descoberta da verdade do que o procedimento instrutório ordinário, que pode definir-se como normal, que é aquele que está disciplinado no Livro II do c.p.c. italiano. Assim, MONTESANO refere que a cognição cautelar, como cognição sumária, é menos intensa e mais apressada, uma vez que toda a cognição sumária constitui mais um dos tipos de instrumentos, que podem definir-se, de «luta do direito processual contra o tempo»⁽¹⁵⁰⁷⁾, servindo, pois, para evitar que a duração da cognição normal torne ineficiente e ineficaz a tutela a que se dirige.

Reconhecendo a sua pertença ao *genus* da cognição sumária, o autor afirma que a cognição cautelar tem características distintivas, que são visíveis num perfil estrutural e funcional. Para MONTESANO, a cognição cautelar retira da sua instrumentalidade a especificidade, quando comparada com outras espécies de tutela também do género cognição sumária, previstas no panorama legislativo italiano, apresentando-se realmente como distinta⁽¹⁵⁰⁸⁾. Assim, o facto de o processo cautelar ter natureza jurídica instrumental e as providências que nele são proferidas se destinarem a assegurar a efectividade da sentença que vier a ser proferida no processo principal (do qual aquele depende) faz com que o procedimento de realização de prova e de convencimento do juiz ganhe contornos muito especiais, de tal modo que, depois de verificada, no caso concreto, a iminência de um *periculum in mora*, o juiz deve conceder a providência tendo por base o mero *fumus boni iuris*⁽¹⁵⁰⁹⁾.

Neste sentido, MONTESANO, seguindo a *communis opinio* e inspirando-se no raciocínio *calamandreiano*, explicou que «a distinta formação» (*diversità di formazione*) da providência cautelar traduz uma característica especial do pro-

⁽¹⁵⁰⁷⁾ Com efeito, L. MONTESANO («Strumentalità...», cit., p. 309) afirma que «tutte le cognizioni sommarie sono strumenti di quella che si può definir la lotta del diritto processuale civile contro il tempo, servono cioè ad evitare che la durata della cognizione normal renda inefficienti le tutele cui essa è preordinata».

⁽¹⁵⁰⁸⁾ Neste sentido, L. MONTESANO («Strumentalità...», cit., p. 309) indica que as «cognizioni sommarie non cautelari conducono ad un accoglimento anticipato, totale o parziale, e rimovibile, della domanda di tutela, che il giudice può pronunciare solo se le prove lo convincono del fondamento, totale o parziale, della domanda».

⁽¹⁵⁰⁹⁾ De facto, L. MONTESANO, «Strumentalità...», cit., p. 310) indica vários pontos de distinção entre a cognição sumária e a cognição sumária cautelar. Assim, no que respeita à primeira, MONTESANO aponta as seguintes características: a) «a valoração do perigo, que os tempos normais do processo ordinário possam provocar na efectividade da tutela jurisdicional, é realizada *a priori* pelo legislador»; b) a provisoriiedade, que caracteriza algumas das decisões proferidas após a realização da instrução sumária, depende dos mecanismos previstos na lei, pelo que a decisão provisória pode tornar-se estável por vontade da parte demandada ou por decisão do juiz.

cedimento instrutório cautelar: o *periculum in mora* determina que o juiz sacrifique a exigência de justiça à de rapidez («far presto»), e, por conseguinte, que decrete a providência cautelar sem que, em termos de prova produzida, lhe seja dada a certeza sobre a existência do direito acautelado⁽¹⁵¹⁰⁾. Com efeito, desenvolvendo estas ideias numa lição dada em 1999, na *Università La Sapienza di Roma*, L. MONTESANO explica que o procedimento sumário cautelar é especial não só porque o próprio direito processual italiano o distingue do procedimento instrutório normal — já que aquele se concretiza fundamentalmente através da realização de informação sumária («*sommariе informazioni*»), isto é, através de meios rápidos e atípicos, dependendo a sua concretização (e escolha) da decisão discricionária do juiz⁽¹⁵¹¹⁾ — mas também porque a prova produzida através da instrução sumária cautelar jamais pode servir de base ao convencimento do juiz de mérito⁽¹⁵¹²⁾. De resto, MONTESANO considera que no âmbito da tutela sumária se deve fazer a diferença entre a

⁽¹⁵¹⁰⁾ L. MONTESANO («Strumentalità...», cit., p. 310) ao considerar que a diferença entre a tutela sumária cautelar e a tutela sumária não cautelar reside na «diversa forma como se realiza» a tutela e não tanto «no diferente conteúdo ou nas qualidades dos efeitos», opõe-se a A. PROTO PISANI («Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile», RDPProc., 1987, pp. 109 ss., esp. pp. 128 a 129), para quem não há diferença entre a tutela sumária cautelar e a não cautelar, a não ser pela possibilidade de as decisões serem ou não capazes de definir definitivamente uma situação jurídica. Com efeito, PROTO PISANI não encontra qualquer tipo de diferença de ordem estrutural ou funcional, entre estes dois tipos de cognição. Tanto uma como outra podem ser emanadas somente quando os resultados da instrução convençam o juiz da existência do direito tutelado, refutando também a noção clássica de *fumus boni iuris*. E acrescenta que a instrução sumária não cautelar não é «mais forte» do que a instrução cautelar, uma vez que em ambos os casos «o autor vitorioso após o exame sumário deve reconquistar a vitória, tendo o ónus da prova, devendo socorrer-se da prova em sentido técnico a realizar segundo as modalidades do Livro II (do c.p.c.)».

⁽¹⁵¹¹⁾ Aliás, L. MONTESANO («Strumentalità...», cit., p. 311) escreve: «che, proprio in ragione dell'urgenza di provvedere qui imposta al giudice, il diritto processuale oggettivo squalifica l'istruttoria cautelare — pur se condotta non solo con “sommariе informazioni”, cioè con mezzi rapidi e atipici rimessi alla discrezione del giudice, ma con prove modellate in tutto o in parte sulle disposizioni “normali” del libro II del c.p.c. — (...) rispetto a quella del normale processo contenzioso nel senso che i suoi risultati non possono mai essere considerati, nel successivo giudizio di merito, decisivi per il convincimento in fatto del giudice».

⁽¹⁵¹²⁾ Neste sentido, L. MONTESANO («Strumentalità...», cit., p. 311) afirma ainda que a cognição sumária cautelar, como «cognição superficial», sofre de uma «insuperável insuficiência» para com base nela ser profira imediatamente uma decisão de mérito, ao contrário de outro género de processos no âmbito dos quais também se realiza uma *summaria cognitio*. Alguns destes processos, em que se realiza uma *summaria cognitio* do tipo «cognição incompleta», estão previstos na legislação italiana, têm uma «estrutura e finalidade antecipatória» e desembocam normalmente em decisões provisórias (de natureza antecipatória *tout court*, que aspiram a definitivas). Sobre a «tutela antecipatória» e sobre o tipo de cognição que no seu âmbito se realiza, vd. A. CARRATA, *Profili sistematici...*, cit., esp. pp. 221 ss.

«cognição incompleta» e a «cognição superficial»: a primeira é aquela que se funda sobre os dados probatórios existentes num determinado momento do processo ordinário em curso, como acontece no «processo ingiuntivo», no âmbito do qual a prova escrita oferecida unilateralmente pela parte e a ausência de contraditório não dão a conhecer a existência de factos extintivos ou impeditivos do direito que o autor da acção se arroga titular e que só serão dados a conhecer posteriormente. A segunda, ao contrário, justifica-se em virtude de uma valoração meramente probabilística sobre a existência do direito a tutelar ⁽¹⁵¹³⁾.

Enfim, para o autor, a *summaria cognito* cautelar, que se justifica em virtude de uma valoração meramente probabilística sobre a existência do direito que se visa acautelar, constitui algo bem distinto, não obstante pertencer à categoria da tutela de cognição sumária ⁽¹⁵¹⁴⁾. E esta é uma posição

⁽¹⁵¹³⁾ A este propósito, por exemplo, G. ARIETA/F. DE SANTIS/L. MONTESANO (*Corso base di diritto processuale civile...*, cit., p. 138) escrevem o seguinte: «la sommarietà di siffatte forme di tutela è, dunque, in primo luogo sommarietà di cognizione, cioè dell'attività logico-giuridica che il giudice è chiamato a compiere ai fini della pronuncia del provvedimento. La cognizione sommaria può essere: incompleta, quando la pronuncia si fonda su quel che, al momento, risulta agli atti del processo in corso; superficiale, quando la pronuncia è basata su una valutazione meramente probabilistica circa l'esistenza del diritto oggetto di tutela, valutazione che la legge rimette al giudice caso per caso, ovvero consente in via generale in relazione alle prove della fattispecie costitutiva che la stessa legge considera più certe, o meno incerte, di altre». Segundo os autores, «i provvedimenti non cautelari (...)», que são segundo os autores classificados como «forme di tutela sommaria in corso di causa», «realizzano finalità di anticipazione satisfattiva della pretesa, servono, cioè, esclusivamente ad anticipare “cronologicamente” — rispetto al tempo di pronuncia della sentenza di merito — la soddisfazione del diritto fatto valere in giudizio. A tal fine, essi contengono una decisione sul merito della controversia a carattere provvisorio, ma fondata sul convincimento del giudice trattato dai risultati di un'istruttoria “normale”, cioè in tutto disciplinata dalla normativa del libro secondo del codice di procedura civile e non “superficiale”, come quella dei procedimenti cautelari». Assim, «le misure cautelari, invece, pur potendo avere (e di norma concretamente avendo) contenuto, in tutto o in parte, anticipatorio degli effetti della successiva decisione di merito, perseguono la diversa finalità di salvaguardare — urgentemente e in base ad istruttorie “non normali”, nel senso rammentato poc'anzi — il diritto dedotto in giudizio, in funzione dell'effettività della successiva tutela di merito».

⁽¹⁵¹⁴⁾ O autor deu como exemplo concreto dois tipos de processos de *summaria cognito*, com diferente função e estrutura: um com função e estrutura cautelar (providência prevista no processo de trabalho, por via da qual é possível ao trabalhador, em caso de urgência, obter *ante causam*, e provisoriamente, uma quantia como forma de assegurar o seu direito à retribuição suficiente para lhe assegurar uma existência livre e digna) e o artigo 423.º do c.p.c., através do qual é possível alcançar uma decisão jurisdicional sob a forma de *ordinanza* de condenação do empregador no pagamento da mesma quantia, sendo certo que neste caso (artigo 423.º, § 2) a *ordinanza* proferida pelo juiz a favor do trabalhador, tem por base a prova já produzida até ao momento no processo («allo stato degli atti»), a qual foi considerada pelo juiz como suficiente para confirmar a existência do direito e o valor da quantia em dívida. Neste sentido,

que partilha com outros autores ⁽¹⁵¹⁵⁾. A cognição sumária é adequada como instrumento de luta contra o factor tempo e, neste perfil, serve também para tutelar situações de urgência, assumindo contornos especiais quando serve um particular tipo de urgência, o *periculum in mora*.

Na verdade, o autor entende que são actuais as ideias defendidas há vários anos por CALAMANDREI: para a pronúncia da providência cautelar não é necessário o convencimento do juiz sobre a existência do direito a tutelar, em termos que um princípio garantístico imponha um exame mais aprofundado de modo a prevenir que o «perigo que a exigência em actuar rapidamente sacrifique a realização de justiça» ⁽¹⁵¹⁶⁾. Acresce que, para o autor, «não há uma verdadeira cautela sem que, por razões de tutela urgente, haja um relevante sacrifício ao normal garantismo». Aliás, o ordenamento jurídico não ignora esta realidade e não deixa de prever um eficiente contrapeso: tal como é a responsabilidade da parte que solicitou sem razão a tutela cautelar ou é a prestação de caução ou é, ainda, a provisoriade de decisão cautelar ⁽¹⁵¹⁷⁾. De qualquer modo, fica claro que a técnica da cognição sumária serve para tutelar situações de urgência, está ao serviço do princípio da tutela jurisdicional efectiva e pode assumir diferentes configurações.

2.1.4. Na actualidade, também TARZIA ratifica todo o pensamento clássico que versa sobre o conceito de cognição sumária, não obstante ter cons-

L. MONTESANO («Strumentalità...», cit., p. 312) afirma que, não obstante estas «duas decisões serem idênticas no conteúdo, elas diferem no regime jurídico», sendo que, ao contrário da primeira, a que é proferida com base numa cognição sumária cautelar, que é revogável, a segunda decisão tem potencial suficiência para ganhar estabilidade e adquirir firmeza. Além de que, como o autor afirma, «il giudice del merito non potrà considerare decisivi in fatto, per accogliere la domanda al pagamento della somma, di cui ho detto sopra, il risultati dell'istruttoria che ha condotto al provvedimento cautelare d'urgenza, mentre ben potrà ritenere sufficienti, per quell'accoglimento, le sole prove sulle quali ha fondato l'ordinanza disciplinata nell' articolo 423 do c.p.c. Para um estudo completo sobre o tipo de cognição realizada nos processos que são aptos a desembocar em decisões antecipatórias, vd. A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 221 ss.

⁽¹⁵¹⁵⁾ Entre os quais se contam: C. VOCINO («Intorno al nuovo verbo “tutela giurisdizionale differenziata”», in: *Studi in onore di T. Carnacini*, Milano, 1984, II, pp. 763 ss., esp. pp. 810 a 811), G. SCARSELLI (*L'accertamento sommario del passivo fallimentare*, Milano, 1991, pp. 40 ss.). E, como já tivemos oportunidade de ver, também G. ARIETA (*I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 47 a 50) e F. TOMMASEO (*I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 171) defendem a mesma posição.

⁽¹⁵¹⁶⁾ Neste sentido, L. MONTESANO («Strumentalità...», cit., p. 312) afirma: «non credo (...) che al giudice della cautela va imposta una indagine più approfondita di quella voluta dalle oposte dottrine, per prevenire più facilmente il pericolo che, ripetendo ancora le parole di CALAMANDREI, l'esigenza di “far presto” sacrifici troppo quella di fare giustizia».

⁽¹⁵¹⁷⁾ Neste sentido, L. MONTESANO («Strumentalità...», cit., p. 312) afirma que «si può ben dire che l'ordinamento considera senz'altro ingiusta la misura cautelare se chi l'ha ottenuta omette di porne la giustizia al vaglio del normale giudizio di cognizione».

ciência de que o conceito de *summaria cognitio* está em transformação ⁽¹⁵¹⁸⁾. Com efeito, o tipo de exame a efectuar pelo juiz para apreciar as condições de procedência comuns da decretação das providências cautelares não especificadas, previstas no artigo 700.º do c.p.c. italiano — a aparência do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*) ou, mais exactamente, a «ameaça de um prejuízo iminente e irreparável» — é um exame superficial de *cognitio summaria*, que frequentemente se traduz numa *cognitio plena*. E isto acontece porque há uma tendência para transformar a tutela cautelar numa forma de tutela autónoma em face da acção de fundo. Se o *periculum* é cada vez mais presumido e não verificado, já quanto ao segundo pressuposto, a jurisprudência tende a não se contentar com a mera aparência, com a verosimilhança do direito, considerando necessário o controlo da sua existência antes de conceder a medida requerida. Na verdade, nestas situações, ou porque os factos não são controvertidos ou porque se desenvolveu uma instrução completa, designadamente por ter sido requerida uma providência *ante causam*, o Professor de Milão alerta para o facto de, na prática, se chegar vulgarmente a uma solução completa da *quaestio juris* e da *quaestio facti*.

Segundo TARZIA, esta metamorfose foi auxiliada pela nova disciplina do procedimento cautelar uniforme, introduzido em 1990 no c.p.c. italiano. Neste sentido, o artigo 669-*sexies*, § 1.º, estipula que «o juiz, ouvidas as partes e omitida qualquer formalidade não essencial ao contraditório, procede, do modo que considere mais oportuno, aos actos de instrução indispensáveis, quanto aos pressupostos e aos fins da providência requerida, e decide sobre o acolhimento ou a sujeição do pedido». E o § 2.º, que prevê um procedimento *inaudita altera parte*, que dispensa a convocação do requerido se a sua participação puder prejudicar a actuação da providência, assenta fundamentalmente na realização oficiosa de informações sumárias quando necessárias. Ora, neste sentido, TARZIA, conhecedor das soluções consagradas em outros sistemas europeus, acredita que a cognição sumária cautelar está muito próxima da ordinária. Afinal, tem-se considerado que quase todas as medidas instrutórias admitidas no processo ordinário podem ser usadas no processo cautelar, dispensando-se, contudo, as formalidades do processo ordinário, desde que sejam indispensáveis para demonstrar existentes os pressupostos de que depende a concessão da medida cautelar. Como refere TARZIA, são admitidas «quase todas» as medidas de prova, mas não todas, já que se excluem o depoimento de parte, destinado a provocar a confissão, e o juramento ⁽¹⁵¹⁹⁾. Daqui tem decorrido fre-

⁽¹⁵¹⁸⁾ Sobre este assunto, vd. G. TARZIA, «La tutela cautelare», in: *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993, p. XVIII.

⁽¹⁵¹⁹⁾ G. TARZIA, «Providências cautelares atípicas...», cit., p. 246.

quentemente a decretação de providências cautelares que antecipam definitivamente a decisão de mérito, restando a esta apenas «dizer o direito» ⁽¹⁵²⁰⁾. Especialista em direito processual e estudioso dos regimes consagrados em outros modelos estaduais, o autor entende que, de qualquer modo, a *summaria cognitio* do processo cautelar se mantém, já que este continua a ter como características próprias e individualizadoras a instrumentalidade e a provisoriedade. Isso é visível no procedimento cautelar qualificado como *inaudita altera parte*, já que este mantém todas as características da cognição sumária.

2.2. Entre nós, a *summaria cognitio* ainda não foi objecto de elaboração doutrinal. Este modelo especial de produção e julgamento da prova tem apenas tradição no campo dos estudos dedicados à tutela cautelar. E, na realidade, a expressão «prova sumária» surge sempre no quadro da prova do direito à providência cautelar ⁽¹⁵²¹⁾ e não parece ter qualquer relevância fora dele, não tendo sido ainda objecto de estudo autónomo. Neste contexto, cumpre notar que a doutrina portuguesa associa em pleno a urgência à *summaria cognitio*, sendo que a compreensão da expressão latina impõe a sua explicação a partir de duas perspectivas: a procedimental e a cognitiva. Assim, a partir da primeira, a expressão surge associada a um processo de instrução probatória que é simplificado e rápido e, a partir da segunda, a *summaria cognitio* pressupõe que a apreciação, o julgamento e a formação da convicção do tribunal, quanto à existência da factualidade alegada, se faz de forma não completa e não exaustiva, em termos que tal conceito surge associado a uma diminuição ou abaixamento do grau de convicção.

Como já indicámos nas considerações introdutórias, também, entre nós, a compreensão do conceito *summaria cognitio* tem obedecido aos cânones *calamandreianos*. E, portanto, algumas das críticas, que vimos dirijas àquela concepção, serão, com certeza, adequadas para a escola portuguesa. Enfim, esta influência é visível, desde logo, nos textos de BARBOSA DE MAGALHÃES e de ALBERTO DOS REIS. Para o primeiro, a *summaria cognitio* «exigi-[a] o próprio interesse público», uma vez que «as providências conservatórias têm de ser urgentemente decretadas e urgentemente executadas» ⁽¹⁵²²⁾. Para o segundo, é a urgência na composição provisória da lide que justifica a necessidade da «cognição sumária» e de «apreciação perfunctória» dos pressupostos de que

⁽¹⁵²⁰⁾ G. TARZIA, «Providências cautelares atípicas...», cit., p. 252.

⁽¹⁵²¹⁾ A este propósito, vd. J. LEBRE DE FREITAS/A. MONTALVÃO MACHADO/R. PINTO, *Código de processo civil...*, cit., pp. 112 e 113.

⁽¹⁵²²⁾ Neste sentido, BARBOSA DE MAGALHÃES, «Natureza jurídica...», cit., p. 27.

depende a emissão da decisão cautelar, sendo que, em qualquer caso, o «juízo provisório» apresenta-se sempre distinto do «juízo definitivo» ⁽¹⁵²³⁾. Como se percebe, porém, no estudo desenvolvido não são fixados critérios distintivos para apurar o conceito de «processo sumário» e de «cognição sumária». Contudo, seria interessante que se autonomizasse um conceito de outro, tanto mais que, entre nós, a última vez em que o legislador avançou para uma experiência de sumarização processual foi já há mais de cem anos, com o decreto de João Franco (Decreto n.º 3, de 29 de Maio de 1907), tendo-se nessa data procedido à introdução dos instrumentos de sumariedade no processo civil sem que os mesmos exigissem a *summaria cognitio* de matriz cautelar ⁽¹⁵²⁴⁾ (2.2.1.).

Os autores portugueses consideram, de resto, que é a urgência que impõe a *summaria cognitio*, sendo que esta se desdobra na necessidade de o juiz realizar uma apreciação e julgamento da prova diferentes (porque simplificado e rápido) e na obrigatoria existência de um processo simplificado, mormente, de um procedimento de instrução probatória especial, em face do procedimento comum. Contudo, não obstante a quase repetitiva terminologia e justificação da *sumariedade* cautelar, na falta de considerações mais desenvolvidas sobre este tema, mantém-se sem resposta uma constelação de dúvidas. Neste contexto, não obstante com a expressão *summaria cognitio* a doutrina portuguesa querer «contrapor a forma abreviada da produção e julgamento da prova, própria destes procedimentos, à tramitação normal da instrução da causa para julgamento da matéria de facto» ⁽¹⁵²⁵⁾, é notória a dificuldade que o conceito encerra, designadamente o de prova sumária ou prova *prima-facie* e especialmente a figura da «simples justificação», por contraste com o de prova *stricto sensu* ou *prova plena*. Neste quadro, e não obstante alguma incerteza dogmática, a ciência do direito processual foi considerando que todas as modalidades de prova diferentes da prova *stricto sensu* se resumiam à

⁽¹⁵²³⁾ Com efeito, J. ALBERTO DOS REIS («A figura do processo cautelar...», cit., p. 24 e esp. p. 25) utiliza a expressão «apreciação provisória» não só para se referir à forma como o juiz conhece do mérito da acção cautelar (isto é, se existe a aparência do direito que o requerente se arroga e se há realmente o *periculum in mora*), mas também para qualificar o tipo de efeitos produzidos pela providência. Estes só vigoram até ao momento em que se forma a decisão definitiva. Refere o autor que é «precisamente porque assenta sobre uma *summaria cognitio*» que a decisão cautelar aparece com a feição de provisória. No mesmo sentido, MANUEL DE ANDRADE (*Noções elementares...*, cit., p. 9) relaciona a urgência com a cognição sumária. Refere-se a «apreciação perfunctória ou sumária» e justifica a sua necessidade, dizendo: «porque, caso contrário, se pode comprometer a finalidade do procedimento».

⁽¹⁵²⁴⁾ Sobre este assunto, por todos, vd. LUÍS CORREIA DE MENDOÇA, «O decreto para cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal», J, n.º 4, 2008, pp. 179 ss.

⁽¹⁵²⁵⁾ ANTUNES VARELA *et al.*, *Manual de processo civil...*, cit., p. 25, nota 2.

mesma figura de prova sumária, *id est*: prova tendente a formar um grau de probabilidade inferior àquele que vulgarmente se exige para o decretamento de uma sentença definitiva. Neste contexto, a prova sumária foi sendo associada a *accertamento de qualidade inferior* (2.2.2.).

Na actualidade, TEIXEIRA DE SOUSA emprega o vocábulo *summaria cognitio*, abarcando com ele tanto o aspecto da «apreciação sumária da situação» como o modo de realização da prova, que segue «um procedimento simplificado e rápido» (1526). Contudo, no contexto de um conjunto significativo de alterações, designadamente legislativas, os conceitos clássicos concernentes à cognição sumária demonstram estar desajustados, existindo cada vez mais afirmações referentes à cognição própria dos processos sumários cautelares que suscitam dúvidas (2.2.3.).

2.2.1. Assim, em primeiro lugar, BARBOSA DE MAGALHÃES referiu numa conferência que, por causa da urgência, «é natural que o processo seja o mais simples e rápido, sem prejuízo das cautelas, que, por sua vez, sejam necessárias para evitar iniquidades, vexames e violências escusadas, incluindo nessas cautelas, quanto possível, a audiência do requerido. É, pois, a urgência que justifica que o respectivo processo tenha de ser organizado por forma tão simples e rápida quanto se faz mister para cumprir esses objectivos, tendo evidenciado que podem existir processos especialmente simplificados para situações de especial urgência, designadamente, para um «caso especial de maior urgência do que é normal, ou natural» ou «casos de excepcional urgência». O Professor de Lisboa também nos fala da cognição sumária relacionando-a com a provisoriedade. Assim, escreve que «a decisão é *provisória*, baseada numa mera prova informatória, sucinta e ligeira (*fumus boni iuris*), que pode ser produzida sem conhecimento nem audiência da parte contrária, e que, portanto, na realidade, declara apenas a viabilidade da acção a propor ou já proposta, mas ainda não julgada; essa decisão em nada afecta a que depois vier a ser proferida na acção principal — decisão esta que é a *definitiva*» (1527). A decisão provisória aparenta uma aparência de verdade (*summaria cognitio*)» (1528).

(1526) Para atingir a finalidade de evitar a lesão ou a sua continuação, escreve TEIXEIRA DE SOUSA (p. 230): «a composição provisória tem de ser concedida com celeridade: as vantagens dessa composição serão tanto maiores quanto mais cedo ela puder garantir o direito, regular provisoriamente a situação ou antecipar a composição definitiva. Por isso, as providências cautelares implicam necessariamente uma apreciação sumária (*summaria cognitio*) da situação através de um procedimento simplificado e rápido».

(1527) Neste sentido, BARBOSA DE MAGALHÃES, «Natureza jurídica...», cit., p. 29.

(1528) Neste sentido, BARBOSA DE MAGALHÃES, «Natureza jurídica...», cit., p. 35.

Claramente influenciado pela doutrina italiana, ALBERTO DOS REIS também nos fala do «juízo provisório» que tem subjacente a verificação rápida e, por isso, sumária da factualidade a demonstrar no processo cautelar, negando, pois, a necessidade de o juiz empreender um exame tão longo e tão reflectido como o que deve ser realizado no processo principal. Refere-se, aliás, a «uma análise» ou a «uma indagação perfunctória dos requisitos legais da providência» e a um «conhecimento sumário» (1529). Não há dúvida de que o autor associa claramente a urgência à sumariedade: «a medida pedida ao tribunal destina-se a acudir a uma necessidade premente, a remover uma ameaça iminente de lesão; tem por isso um carácter urgente. [Como escreve,] não se compadeceria com esta urgência uma apreciação jurisdicional desenvolvida e demorada» (1530). E acrescenta que o juízo provisório é qualitativamente distinto do definitivo: «a apreciação final da relação litigiosa há-de fazer-se no processo principal; aí é que o tribunal é chamado a proferir o *veredictum* baseado no conhecimento profundo e completo da lide; aí é que vai ser pronunciada a decisão definitiva» (1531).

De qualquer modo, o autor considera que a verificação dos pressupostos de decretamento das providências cautelares, «a aparência dum direito» e «o perigo de insatisfação do direito aparente», obedece a diferentes intensidades, não obstante não deixar de falar em juízo de probabilidade ou de verosimilhança a propósito de ambos — tendo, deste modo, corrigido quantos lêem na obra *calamandreiana* a necessidade de o tribunal formar um «juízo de segurança e de certeza» quanto ao requisito do *periculum in mora*, uma vez que «do juízo de probabilidade e de verosimilhança (...) ao juízo de certeza (...) vai uma grande distância». No seu entender, não obstante a apreciação que incide sobre este pressuposto ser definitiva, tal juízo de certeza não é exigido porque «um conhecimento completo e profundo sobre a existência do perigo poderia exigir uma demora incompatível com a urgência da medida cautelar, pelo que a apreciação do perigo há-de acomodar-se, em cada caso, aos fins especiais da

(1529) Com efeito, ALBERTO DOS REIS («A figura do processo cautelar...», cit., pp. 38 ss.) também relaciona a prova sumária com a entrega ao «juiz de poderes quase discricionários» (p. 38). O Professor de Coimbra refere, na realidade, a propósito da providência do embargo de obra nova, que «a lei [artigos 420.º e 421.º] se contenta expressamente com um juízo de probabilidade ou verosimilhança» quanto aos seus pressupostos de deferimento, sendo que «o requerente justificará o pedido» e o juiz, se julgar conveniente pode exigir a prova sumária dos fundamentos alegados e pode ouvir o dono da obra. A que acrescenta: «como se vê, concede-se ao juiz um poder quase discricionário. Permite-se-lhe que decrete o embargo sobre a única base das afirmações feitas pelo requerente; permite-se-lhe também que exija a prova sumária dos fundamentos alegados [se não ficar satisfeito com a mera alegação]» (p. 39).

(1530) J. ALBERTO DOS REIS, «A figura do processo cautelar...», cit., p. 26.

(1531) J. ALBERTO DOS REIS, «A figura do processo cautelar...», cit., p. 26.

providência de que se trata», devendo apenas «demonstrar-se que o receio é justo, quer dizer fundado em factos, atitudes e indícios seguros» (1532).

2.2.2. De um modo geral, considera-se entre nós que a urgência impõe um ritmo e um ritualismo especiais, de tal modo que a técnica cautelar só pode combinar bem com a da *sumariedade* (1533). Assim, exactamente, porque se destina a prevenir o perigo da demora inevitável no processamento normal da acção, afirmam A. VARELA *et al.* que «o procedimento cautelar necessita de ter uma estrutura bastante mais simplificada, em consonância com o seu fim específico». Com efeito, estes autores mencionam que, «ao apreciar os pressupostos da providência, o juiz não poderá exigir, na prova da existência e da violação do direito do requerente, nem na demonstração do perigo de dano que o procedimento se propõe evitar, o mesmo grau de convicção que naturalmente se requer na prova dos fundamentos da acção» (1534). Na verdade,

(1532) A correcção não parece vingar, uma vez que tanto os tribunais como a doutrina vêm distinguindo, em termos de carga probatória, a situação de cada uma das condições de decretação da providência. Assim, por exemplo, a propósito do arbitramento provisório de uma quantia: quanto ao *periculum in mora*, *id est* conjunto de factos que integram a situação de necessidade («desde que se verifique uma situação de necessidade»), este pressuposto deverá ser suficientemente provado (nos termos do n.º 4 do artigo 381.º). Contudo, se alguma doutrina entende que o preenchimento desta condição depende da «formação dum juízo de certeza», já outros consideram bastante «um juízo de probabilidade mais forte e convincente» quanto à sua existência. E no que diz respeito ao *fumus boni iuris* (exigido nos termos do artigo 403.º, n.º 2, *in fine*, em termos de indício da existência de obrigação de indemnizar), o requerente deverá alegar, justificando, os pressupostos de facto da responsabilidade do requerido. E também a este propósito, para uns bastará a «simples justificação» e para outros é necessário «o juízo de verosimilhança, ou seja a probabilidade da sua existência». A este propósito, vd. J. ALBERTO DOS REIS, «A figura do processo cautelar...», cit., pp. 26 e 36; A. VAZ SERRA, «Provas...», cit., 110, p. 79; A. ABRANTES GERALDES, «Procedimentos cautelares especificados», in: *Temas da reforma do processo civil*, Vol. IV, Coimbra, p. 150; e tb. «Procedimento cautelar comum», in: *Temas da reforma do processo civil*, Vol. III, Coimbra, 1998, pp. 209 ss.; J. LEBRE DE FREITAS/A. MONTALVÃO MACHADO/R. PINTO, *Código de processo civil anotado...*, cit., pp. 35 e 36. Cfr. ALBERTO DOS REIS, *Código de processo civil anotado*, Vol. I, 3.ª ed., reimpressão, Coimbra, 1982, pp. 621 e 683, para quem agora a aferição do justo receio deve fazer-se a partir de um «juízo de certeza, de verdade, de realidade».

(1533) Neste sentido, J. DOS SANTOS SILVEIRA (*Processos de natureza preventiva...*, cit., pp. 19 e 20), à luz do Código de 1961, entende que «o ritualismo mais aconselhável para obter uma providência cautelar implica simplicidade e rapidez, já na instrução e discussão, já no julgamento». E acrescenta que «a exigência do decretamento rápido das providências cautelares tem como corolário lógico a singleza ou simplicidade dos processos destinados à obtenção de tais medidas. A primeira característica do procedimento cautelar é a simplicidade», havendo situações «em que a lei proíbe a audiência do requerido, e, noutras, contenta-se com uma prova sumária. Acresce que em todos os processos cautelares tem de haver uma *summaria cognitio*».

(1534) ANTUNES VARELA *et al.*, *Manual de processo civil...*, cit., p. 25.

para que o remédio não perca eficácia no combate à doença que se propõe debelar, «em lugar da prova do direito, o juiz deverá contentar-se (...) com uma probabilidade séria da existência do direito» e, em vez da demonstração do perigo de dano invocado, bastará que o requerente mostre ser fundado (compreensível ou justificado) o receio da sua lesão». Assim, procurando desdobrar o sentido destas expressões, os autores explicam que à «probabilidade séria da existência do direito davam os antigos a designação sugestiva do *fumus boni iuris*» e, com a expressão *summaria cognitio*, «os antigos» pretendiam «contrapor a forma abreviada da produção e julgamento da prova, própria destes procedimentos, à tramitação normal da instrução da causa para julgamento da matéria de facto» (1535).

Neste sentido, segundo a doutrina portuguesa, a *summaria cognitio* tanto é justificada pela urgência *tout court* como resulta da função e da estrutura do próprio processo cautelar (1536). Assim, por um lado, é por causa da urgência em evitar a consumação de um dano que o procedimento é formalmente tido como urgente. E isto concretiza-se em vários aspectos da estrutura do processo cautelar: no tipo de prazos curtos nele previstos e na forma de contagem dos mesmos; no facto de o procedimento correr durante férias; no tipo de actos processuais e na possibilidade excepcional de os mesmos serem praticados nos dias em que os tribunais estiverem encerrados e durante férias; na ausência de distribuição; na estipulação de um prazo máximo para emissão da respectiva decisão cautelar. E isto significa também a redução da tramitação processual ao mínimo indispensável, em termos que se deve entender que apenas existe o articulado do requerimento inicial e a oposição, sendo anulada a possibilidade de outros articulados, designadamente dos articulados supervenientes (1537). E, por outro lado, é por causa da urgência que a lei consi-

(1535) ANTUNES VARELA *et al.*, *Manual de processo civil...*, cit., p. 25, nota 2.

(1536) Neste sentido, J. DOS SANTOS SILVEIRA (*Processos de natureza preventiva...*, cit., pp. 21 e 22), à luz do Código de 1961, entende que «o procedimento cautelar tem por objecto alcançar uma providência imediata. Pende sobre a esfera jurídica do indivíduo a ameaça ou perigo de lesão iminente. É preciso actuar de modo a sustentar a conduta daquele que busca lesar o interesse alheio; é mister conjurar o perigo de lesão; para tanto urge que a pessoa ameaçada tenha à sua disposição um meio judiciário que, além de simples na sua estrutura processual, se desenvolva o mais depressa possível. Daí a característica de rapidez». A que acrescenta: «o processo é simples e rápido. Daqui o satisfazer-se o ordenamento jurídico com um juízo de probabilidade ou verosimilhança, sobre a existência do direito», sendo certo que «o artigo 400.º do CPC determina: a providência é decretada desde que as provas produzidas revelem uma probabilidade séria da existência do direito». E neste sentido, «basta que a existência do direito se apresente como verosímil, isto é, que haja elementos para prever ou conjecturar que a decisão venha ser favorável ao requerente».

(1537) Sobre este assunto e a possibilidade de o juiz adaptar a tramitação processual do processo cautelar, vd. ABRANTES GERALDES, «O procedimento cautelar comum...», cit., pp. 109 ss.

dera que não faz sentido que o juiz cautelar queira atingir sobre o mérito da decisão cautelar um conhecimento tão profundo quanto é aquele que se espera do juiz da causa principal. Afinal, a rapidez na composição provisória da lide pode ser a única forma de atingir a finalidade cautelar, que é evitar a modificação irremediável de uma situação, enquanto se aguarda para ela a decisão de fundo.

Concluiu-se que, existindo urgência, prefere o legislador que os processos que realizam o objectivo cautelar sejam expeditos em vez de ponderados, já que nestes casos, «julgar bem é, antes de tudo, julgar rápido». Por isso, as providências cautelares implicam, necessariamente, «um processo simplificado e rápido» e um «exame breve e sumário» (1538), sob pena de a sua tramitação estar em flagrante desarmonia com a função, pois, de acordo com o espírito *calamandreiano*, bem presente na ciência portuguesa do direito processual, a providência cautelar ou «actua rapidamente ou deixa de cumprir o fim a que se destina». Mas, porque o processo cautelar é acessório, pese embora a sua relativa autonomia estrutural, e porque tem como objectivo proteger o *quid* que é objecto da causa principal, não faz sentido, como realça ANSELMO DE CASTRO, que outro seja o tipo de cognição senão o do tipo superficial e sumário, ou seja a cognição cautelar, já que «o conhecimento exaustivo (só) traria inconvenientes, pois, nesse caso [, por um lado,] o processo seria tão moroso como a acção principal, ficando, assim, frustrados os objectivos [de urgência] prosseguidos através dos procedimentos cautelares». E, por outro, porque ao juiz cautelar não cumpre «declarar a existência do direito», mas sim assegurá-lo na expectativa de que venha a ser definitivamente declarado como existente, não faria sentido que houvesse duplicidade de decisões que poderiam ter igual qualidade e natureza. De acordo com este pensamento, «como não se exige a prova de que o direito [que se visa acautelar] existe», tem o requerente que «deduzir os factos que tornem provável a existência desse direito» (1539). Também para CASTRO MENDES é a urgência que justifica o processo mais simples e rápido (*summaria cognitio*) — mas, por isso mesmo, menos seguro — para combater o *periculum in mora*. Assim, demonstrada uma mera probabilidade séria da existência do direito, o *fumus boni iuris*, o tribunal pode decretar uma composição provisória do litígio, que permite esperar pela composição definitiva» (1540). Enfim, CASTRO MENDES, de

(1538) Neste sentido, ADELINO DA PALMA CARLOS («Procedimentos cautelares antecipadores...», cit., p. 241) fala em «exame breve, sumário e rápido».

(1539) A este propósito, usamos as palavras de ANSELMO DE CASTRO, *Direito processual civil declaratório*, I, p. 140, e ADELINO DA PALMA CARLOS, «Procedimentos cautelares antecipadores...», cit., p. 242.

(1540) J. CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, Vol. I, AAFDL, Lisboa, s.d., p. 252.

entre as características do procedimento cautelar, aponta a de «proceder a uma composição provisória do litígio», a de se «traduzir numa *summaria cognitio*», a de «ter como objecto um mero *fumus boni iuris*» e a «instrumentalidade hipotética». Esta última característica traduz-se no facto de «a composição provisória do litígio [se basear] na hipótese de uma futura composição definitiva, favorável ao requerente», vir a ser decretada.

Em suma, os processualistas portugueses relacionam a instrumentalidade do processo cautelar perante a acção principal com a urgência da tramitação, a sumariedade na apreciação da prova e a eventual ausência do contraditório, uma vez que o cumprimento de todas as garantias é assegurado no processo principal ⁽¹⁵⁴¹⁾. De qualquer modo, podemos concluir que há muita repetição terminológica nos textos portugueses e, por isso, também há espaços ainda não preenchidos. Com efeito, se a doutrina é unânime a fazer corresponder o conceito de *summaria cognitio* à urgência e à simplicidade na realização de prova, distinguindo-a bem da prova *stricto sensu*, contudo, já é menos consensual quando explica o que é «a prova da simples justificação, credibilidade ou prova informatória», que é conhecida na dogmática alemã por *Glaubhaftmachung*, e que permite a justificação como forma de demonstração da realidade dos factos e «exige um grau de probabilidade inferior ao exigido pela prova», já que se trata de uma medida de prova distinta ⁽¹⁵⁴²⁾. Contudo, não obstante aceitar que a mera alegação seja suficiente para formar o juízo de probabilidade quanto à existência da factualidade alegada ⁽¹⁵⁴³⁾ — na senda da

⁽¹⁵⁴¹⁾ A este propósito, vd. RITA B. CRUZ, «O arresto...», cit., pp. 118 ss.

⁽¹⁵⁴²⁾ Neste sentido, J. CASTRO MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, 1961, p. 322.

⁽¹⁵⁴³⁾ Com efeito, ALBERTO DOS REIS («A figura do processo cautelar...», cit., pp. 38 ss.) refere, a propósito da providência do embargo de obra nova, que o juiz pode decretar o embargo tendo por base apenas a afirmação feita pelo requerente. Na verdade, considera o autor que «a lei [artigos 420.º e 421.º] se contenta expressamente com um juízo de probabilidade ou verosimilhança» quanto aos seus pressupostos de deferimento, sendo que «o requerente justificará o pedido» e o juiz, se julgar conveniente pode exigir a prova sumária dos fundamentos alegados e pode ouvir o dono da obra. A que acrescenta: «como se vê, concede-se ao juiz um poder quase discricionário. Permite-se-lhe que decrete o embargo sobre a única base das afirmações feitas pelo requerente; permite-se-lhe também que exija a prova sumária dos fundamentos alegados», sendo que a frase «o requerente justificará o pedido, significa claramente que o requerente deve fundamentar o seu pedido em conformidade com as exigências legais». E conclui: «o requerente não é obrigado a oferecer logo a prova do que alega: basta que as suas alegações coincidam com os requisitos» previstos na lei. Se o juiz, em face dos fundamentos expostos pelo requerente, acha que a providência tem razão de ser, decreta o embargo; se no seu espírito surgem dúvidas, faz notificar o requerente para que produza prova sumária do que alegou. Num ou noutro caso é evidente que a base da providência é sempre um juízo de mera probabilidade, quer relativamente à existência do direito, quer quanto ao perigo ou ameaça de lesão. Basta, pois, a aparência do direito (*fumus boni iuris*) e a possibilidade mais ou menos acentuada, do risco de insatisfação desse direito aparente (p. 39).

lógica *calamandreiana* —, a dogmática portuguesa não avança muito mais, repetindo as mesmas afirmações: que ao juiz cautelar não cabe a função de «afirmar o direito como existente», mas sim assegurá-lo na expectativa de que ele venha a ser definitivamente declarado; que quanto ao grau de prova, deve considerar-se bastante «não a verdadeira prova, mas a simples justificação» (1544) — uma justificação que seja suficiente para criar no juiz a convicção sobre a provável existência do direito acautelado, «já que se está em presença de uma medida com carácter de urgência» (1545).

2.2.3. Se a teoria geral de *summaria cognitio*, elaborada pela dogmática portuguesa sob a influência da ciência italiana, apresenta incertezas e repetições terminológicas, atentemos, agora, no texto de TEIXEIRA DE SOUSA, onde se presente uma maior influência das posições germanísticas, elaboradas em torno da *Glaubhaftmachung* (1546). A entendermos bem as palavras do autor, pode concluir-se do seu texto que a *summaria cognitio* decorre da urgência e traduz duas perspectivas: a procedimental e a cognitiva. Assim, na primeira perspectiva: para este autor, a *summaria cognitio* justifica que certas providências cautelares possam ser decretadas em procedimento simplificado e acelerado, sem prévia audição da contraparte, isto é sem ser concedida a esta parte o uso do contraditório. Esta possibilidade, que é coberta pelo desvio ao princípio do contraditório admitido pelo artigo 3.º, n.º 2, encontra-se prevista em dois níveis: num deles, proíbe-se a audição do requerido (artigos 394.º e 408.º, n.º 1, do CPC); no outro, permite-se (mas não se impõe) que a providência seja decretada sem audição do requerido (artigo 385.º, n.º 1, do CPC), bastando que a sua audiência ponha em risco sério o fim ou a eficácia da providência (1547). A *summaria cognitio* também se verifica na forma sumária de aquisição e produção de prova (1548).

(1544) A este propósito, vd. MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares...*, cit., p. 9; A. VAZ SERRA, «Provas. (Direito probatório material)», BMJ (n.º 110), 1961, p. 82 (nota 31-a).

(1545) Neste sentido, J. DOS SANTOS SILVEIRA, *Processos de natureza preventiva...*, cit., p. 24.

(1546) Na verdade, a propósito da mera justificação como medida de prova, M. TEIXEIRA DE SOUSA (*Estudos sobre...*, cit., p. 233, nota 9) cita o texto de I. SCHERER, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit.

(1547) M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre...*, cit., pp. 230 e 231.

(1548) Como escreve M. TEIXEIRA DE SOUSA (*Estudos sobre...*, cit., pp. 230 e 231) conjuntamente com a petição, o requerente deve fazer a prova sumária do direito ameaçado e justificar o receio da sua lesão (artigo 384.º, n.º 1, do CPC). O tribunal ouvirá o requerido sempre que a audiência não ponha em risco sério o fim ou a eficácia da providência (artigo 385.º, n.º 1), caso em que se realiza a sua citação ou notificação, para que ele deduza a sua oposição (artigo 385.º, n.º 2). Em seguida, procede-se, quando necessário, à produção das provas requeridas ou determinadas oficiosamente (artigo 386.º, n.º 1, do CPC). A providência será decretada

Quanto à outra perspectiva, tendo em conta que TEIXEIRA DE SOUSA escreve que «uma das consequências da *summario cognitio* é o grau de prova que é suficiente para a demonstração da situação jurídica que se pretende acautelar ou tutelar provisoriamente [e que] uma prova *stricto sensu* (ou seja a convicção do tribunal sobre a realidade dessa situação) não seria compatível com a celeridade própria das providências cautelares e, além disso, repetiria a actividade e a apreciação que, por melhor se coadunarem com a composição definitiva da acção principal, devem ser reservadas para esta última», parece-nos que o autor aponta para a existência de um diferente tipo de cognição e julgamento da factualidade alegada, de tal modo que se considera suficiente uma medida inferior de convicção do juiz quanto à sua existência: isto é: a demonstração da probabilidade séria de existência do direito e do receio de lesão ⁽¹⁵⁴⁹⁾.

Assim, como assegura TEIXEIRA DE SOUSA, «as providências cautelares só requerem, quanto ao grau de prova, uma mera justificação», sendo também a «mera justificação suficiente para a demonstração pelo requerido de que o dano que ele sofreria com o decretamento da providência excede consideravelmente aquele que o requerente pretende evitar (artigo 387.º, n.º 2, do CPC), parecendo advogar que a mera justificação não altera as regras de distribuição do ónus da prova. Assim, «para o decretamento da providência cautelar exige-se apenas a prova de que a situação jurídica alegada é provável ou verosímil, pelo que é suficiente a aparência desse direito, ou seja, basta o *fumus boni iuris*». O *fumus boni iuris* decorre exactamente da suficiência da mera justificação, sendo esta também suficiente para a demonstração dos factos referentes às excepções opostas pelo requerido à alegação.

3. O perfil moderno novo

Parece, hoje, claro que a construção tradicional padecia de equívocos, que atingiam a panóplia de meios de prova concretizadores da *summario cognitio*, e de erros que atingiam a configuração do juízo de verosimilhança. E estes equívocos foram contestados por um sector da escola moderna italiana. Na realidade, adoptando um conceito unidimensional de sumariiedade, um sec-

se houver a probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundamentado o receio da sua lesão (artigo 387.º, n.º 1, do CPC).

⁽¹⁵⁴⁹⁾ M. TEIXEIRA DE SOUSA (*Estudos sobre...*, cit., pp. 230 e 231) refere que «as providências cautelares exigem apenas a prova sumária do direito ameaçado, ou seja, a demonstração da probabilidade séria da existência do direito alegado (artigos 384.º, n.º 1, 387.º, n.º 1, 403.º, n.º 2, 407.º, n.º 1, e 423.º, n.º 1, do CPC), bem como do receio de lesão (artigos 381.º, n.º 1, 384.º, n.º 1, 387.º, n.º 1, 406.º, n.º 1, 407.º, n.º 1, 421.º, n.º 1, e 423.º, n.º 1, do CPC).

tor da escola italiana do direito processual, procura uniformizar o conceito de *summaria cognitio*, servindo-se para o efeito da metodologia do confronto, isto é, procurando perceber o que separa o sistema ordinário de produção e avaliação de prova do sistema de *summaria cognitio*. E, assim, anulando um conjunto de proposições evidenciadas pela escola clássica, tal como o conceito de *fumus boni iuris*, afastando definitivamente o conceito de verosimilhança, porque errado, porque resultado de uma tradução equívoca de um *falso amigo alemão*, «Wahrscheinlichkeit», a doutrina italiana veio associar a expressão *summaria cognitio* a um sistema simplificado de produção e avaliação de prova ⁽¹⁵⁵⁰⁾.

Cumprir notar que, não obstante se opor à corrente que procede à distinção entre a cognição sumária e a sumária cautelar, tendo por base «o critério da qualidade do *accertamento*», o sector não alinhado da ciência italiana do direito processual não deixa de considerar que o sistema de sumariedade contém especificidades concernentes ao decretamento de decisões cautelares. Assim, não obstante defender o carácter errado do critério *calamandreiano*, uma vez que assenta numa confusão entre os conceitos de verosimilhança e de probabilidade, ainda assim esta corrente vem defender que a *summaria cognitio* pode assumir contornos especiais por causa da urgência, sendo que tais contornos dependem mais do tipo e da forma de realização da prova do que da qualidade da juízo ⁽¹⁵⁵¹⁾.

Importa trazer à colação os estudos de PROTO PISANI (3.1.), CARRATTA (3.2.), CAVALLONE (3.3.), LOMBARDO (3.4.). Assim, não obstante associarem a urgência à sumariedade e pese embora discordarem num ponto ou noutro, todos estes autores negam em conjunto os conceitos de «verosimilhança», de «juízo hipotético», de «*accertamento* reduzido e de qualidade inferior, normalmente associados ao juízo cautelar. Com efeito, esta corrente da doutrina moderna italiana considera que os conceitos elaborados por CALAMANDREI em torno da cognição cautelar não passam de um equívoco. Mais propriamente, aquele conceito é um equívoco jurídico, cuja origem está num erro de tradução da expressão alemã «Wahrscheinlichkeit», já que aquela palavra não poderia nunca ter sido traduzida pela palavra italiana «verosimiglianza» ⁽¹⁵⁵²⁾. E, como se já não bastasse a afirmação da existência de um erro, esta corrente também entende que a doutrina que se inspirou nos estudos de CALAMANDREI acrescentou a este erro outros novos, tendo multiplicado os equívocos do

⁽¹⁵⁵⁰⁾ Sobre este assunto, vd. o nosso «Verdade e verosimilhança...», cit., pp. 646 ss.

⁽¹⁵⁵¹⁾ Sobre este assunto, vd. o nosso «Verdade e verosimilhança...», cit., pp. 646 ss.

⁽¹⁵⁵²⁾ Cumpre destacar A. PROTO PISANI, «La tutela sommaria...», cit., pp. 310 ss., esp. pp. 345 ss.; A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 254 ss.; B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., pp. 164 ss.

autor, fazendo passar a ideia de que a cognição sumária, própria dos processos cautelares — e, por isso, própria da urgência — é uma «cognição menos intensa», «reduzida», um «quid minus» e de «qualidade inferior», um tipo de cognição que pode mesmo prescindir da produção de qualquer meio de prova. Com efeito, para este grupo de autores, o juízo de verosimilhança assim concebido, como «juízo hipotético», vulgarmente associado à urgência dos processos cautelares, não tem existência jurídica. E, como não tem e nunca teve verdadeira consagração legal, consideram que tal conceito não é juridicamente concebível, uma vez que o juiz cautelar não pode decidir em favor de quem requer a adopção da providência sem que este prove os factos que sustentam a existência do seu direito. E, igualmente, referem que o juiz, ao proceder ao exame do *thema probandum* do processo cautelar, não pode realizar um juízo menos intenso nem pautar-se por critérios distintos daqueles que orientam a formação do juízo de mérito. Cumpre, pois, reflectir sobre um novo conceito de *summaria cognitio* — *maxime*, por este estar associado à urgência e não somente ao *periculum in mora*.

3.1. Num contexto da garantia da efectividade da tutela jurisdicional no quadro do processo civil italiano, PROTO PISANI aponta os processos sumários como uma das técnicas mais adequadas para responder às necessidades de tutela urgente, tendo realçado a utilidade do artigo 700 do c.p.c. e tendo também justificado *de iure condendo* a previsão de um processo sumário comum sem estrutura cautelar — *id est*: sem conter o nexu de *instrumentalidade* com um processo de cognição plena e exaustiva e sem conter a característica da provisoriedade — para responder igualmente às situações de urgência (1553). De facto, para este autor, a técnica da tutela sumária constitui um dos tipos de remédio de natureza processual adequado para neutralizar os danos decorrentes da demora do processo de cognição plena e para obviar a situações de urgência respeitantes a especiais direitos (1554).

Este autor, ao defender que os processos de tutela sumária e os processos de tutela sumária cautelar possuem uma idêntica função, acaba por esclarecer que a técnica da sumariedade está ao serviço da efectividade da tutela

(1553) Para um acompanhamento do raciocínio desenvolvido por A. PROTO PISANI, vd., fundamentalmente, «La tutela sommaria...», cit., pp. 310 ss., esp. pp. 345 ss.

(1554) A este propósito, A. PROTO PISANI («Procedimenti cautelari», in: *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXIV, Roma, 1991, pp. 3 ss.) refere que «a livello processuale, i possibili danni derivanti dalla durata o anche a causa della durata del processo a cognizione piena sono neutralizzabili attraverso la tecnica della tutela sommaria, consentendo che sulla base di un accertamento sommario del diritto dell'attore (del c.d. *fumus boni iuris*) siano emanati provvedimenti sommari».

jurisdicional na modalidade da protecção das situações de urgência. Com efeito, o autor acrescenta que mesmo quando a técnica da sumariedade é prevista em subprocedimentos — integrados numa fase preparatória de um processo de cognição plena — esta visa responder a uma satisfação imediata do direito e, portanto, garantir a sua plena efectividade ⁽¹⁵⁵⁵⁾. Para PROTO PISANI, de facto, o que caracteriza a tutela sumária cautelar não é nada relacionado com a sua função, uma vez que há muitos institutos que têm como função dar resposta à exigência de «*evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore che ha ragione*». Podemos, pois, perceber que, para o autor, a função de neutralizar os danos que decorrem da duração do processo de cognição plena, com vista a assegurar a afectividade da tutela jurisdicional, pode ser conseguida através de duas técnicas estruturalmente diversas: a «técnica da tutela sumária cautelar», caracterizada por se traduzir em decisões sumárias impróprias para definir definitivamente a controvérsia e a «técnica da tutela sumária não cautelar», destinada a desembocar em decisões sumárias dotadas de tal capacidade ⁽¹⁵⁵⁶⁾. Enfim, para este autor, a provisoriedade é característica fundamental da tutela cautelar, mas já não é uma característica obrigatória da demais tutela sumária urgente. Pelo contrário, a sumariedade é característica de ambas.

É neste contexto que PROTO PISANI explica em que termos a sumariedade difere estruturalmente em cada uma das técnicas, podendo, por isso, desembocar em decisões meramente provisórias ou em definitivas. Assim, e numa

⁽¹⁵⁵⁵⁾ A. PROTO PISANI («Sulla tutela giurisdizionale differenziata», RDProc., 1979, pp. 536 ss., esp. p. 576) refere, aliás, que «il bisogno di tutela urgente, nel senso di soddisfazione immediata del proprio diritto, può essere soddisfatto non solo attraverso la tecnica della tutela sommaria cautelare, ma anche attraverso la tecnica della tutela sommaria *tout court*», o que pode acontecer quando, como refere o autor, «il legislator prevede che nel corso di un procedimento a cognizione piena ed esauriente possa instaurarsi un subprocedimento destinato a concludersi in tempi brevi con un provvedimento sommario in tutto o in parte anticipatorio del contenuto della futura ed eventuale sentenza a cognizione piena», sendo que, em suma: «questi subprocedimenti sommari (...) non vanno inquadrati necessariamente nella categoria dei procedimenti cautelari instaurati in corso di causa», uma vez que a eficácia destas decisões judiciais proferidas nos «sub-processos sumários antecipatórios» não depende do juízo proferido no processo de cognição plena», como acontece nas outras cautelares.

⁽¹⁵⁵⁶⁾ Com efeito, A. PROTO PISANI («Procedimenti cautelari...», cit., p. 5) escreve o seguinte: estas técnicas «sono particolarmente contigue», sendo que «il fenomeno dei rapporti tra tutela sommaria non cautelare e tutela sommaria cautelare può essere descritto graficamente come due cerchi parzialmente coincidenti laddove le due parti non coincidenti rappresentano volta a volta il settore della tutela sommaria non cautelare rispondente a mere esigenze di economia dei giudizi ed il settore della tutela cautelare c.c. conservativa (o anche solo parzialmente anticipatoria); mentre la parte coincidente rappresenta il settore della tutela sommaria non cautelare rispondente ad esigenze di effettività della tutela giurisdizionale e della tutela cautelare totalmete anticipatoria».

perspectiva estrutural, a tutela cautelar surge concretizada num processo sumário destinado a desembocar numa decisão sumária e provisória, tendo por base a avaliação do *fumus boni iuris*, isto é, a provável existência do direito que constituirá (ou já constitui) o objecto do processo principal, podendo falar-se neste caso na qualidade de um *accertamento* sumário, e do *periculum in mora*, isto é, a provável subsistência de um dano que poderá derivar da demora processual para o direito do autor ⁽¹⁵⁵⁷⁾. A *instrumentalidade* e a provisoriedade da decisão — mas já não obrigatoriamente dos efeitos da decisão — são características estruturais da tutela cautelar (que a distinguem da demais tutela sumária não cautelar urgente). A esta não estão obrigatoriamente associados aqueles conceitos. E, com efeito, a propósito da qualidade do *accertamento sommario* realizado pelo juiz no âmbito do processo cautelar e do *accertamento sommario* próprio de processos sumários sem função cautelar (mas justificados por razões de urgência e por razões de efectividade da tutela e não por razões de mera economia processual), PROTO PISANI refere que a proximidade existente entre ambas as formas é significativa, sendo que o *accertamento* que é realizado pelo juiz para apurar o *fumus boni iuris* é um «accertamento sommario in senso tecnico»: «é, por isso, um *accertamento* realizado pelo juiz no decurso de um processo (ou sub-processo) cuja modalidade depende fundamentalmente da vontade discricionária do juiz (e não restritivamente da previsão do legislador), incluindo as modalidades relativas à aquisição dos elementos de prova» ⁽¹⁵⁵⁸⁾. Neste sentido, o autor refere que «a sumariadade do *accertamento* próprio da decisão cautelar não difere em nada da sumariadade do *accertamento* próprio da decisão sumária não cautelar, proferida com respeito pelo contraditório e em caso de urgência». Em ambos os casos, indica PROTO PISANI, o juiz só pode adoptar a decisão solicitada se o direito parecer existente, tendo em conta os elementos de prova oferecidos pelas partes ou resultantes das diligências do tribunal». O que, para o autor, diferencia profundamente as duas espécies de decisões não é a natureza do

⁽¹⁵⁵⁷⁾ No quadro do direito processual civil italiano, A. PROTO PISANI («Procedimenti cautelari...», cit., p. 9) indica, porém, hipóteses de medidas cautelares típicas, cujo *accertamento* pode prescindir da análise de um dos requisitos, ou do *periculum in mora* ou de outro: «ipotesi in cui il legislatore subordina la concessione della tutela cautelare ad una cognizione (sommatoria) del giudice *unicamente* in tema di *fumus*; vi sono cioè ipotesi in cui il legislatore esplicitamente consente che il giudice possa (e debba) emanare un provvedimento cautelare prescindendo da qualsiasi indagine sulla sussistenza del requisito del *periculum*, e ciò perchè è esso stesso legislatore che ha valutato a livello di legislazione generale ed astratta alla stregua dell'*id quod plerumque accidit* l'esistenza di un *periculum* (o, il che è lo stesso, l'opportunità della concessione della tutela urgente)».

⁽¹⁵⁵⁸⁾ A. PROTO PISANI, «Procedimenti cautelari...», cit., p. 10.

accertamento mas sim a sua idoneidade para ditar uma disciplina definitiva para a relação controvertida».

O autor discorda, assim, da posição de TOMMASEO e MONTESANO — para quem a diferença reside na qualidade do *accertamento* — tendo, assim, considerado que esta posição resulta da «má interpretação» de uma página da *Introdução* de CALAMANDREI, a qual também contém uma expressão equívoca: «juízo hipotético». Com efeito, PROTO PISANI não partilha a mesma ideia defendida pelos autores mencionados: que consideram, por um lado, que no processo cautelar, o *accertamento* é sumário porque é «hipotético», no sentido de que, como afirma TOMMASEO, «prescinde da aquisição de material probatório por apenas ser necessária a formação da verosimilhança das alegações das partes, fundada em termos de mero cálculo de probabilidade» — uma vez que não se pretende «declarar a existência do direito» («dichiarare esistente il diritto») ⁽¹⁵⁵⁹⁾ — e, por outro lado, que a cognição sumária não cautelar (aquela fundada em termos de urgência e não tendo por base um carácter privilegiado da prova) tende a formar um *accertamento* sumário porque é realizado em processo «com contraditório rudimentar» ⁽¹⁵⁶⁰⁾. Contudo, para PROTO PISANI continua a fazer sentido falar em «*accertamento sommario*», por contraste com o «*accertamento pleno*», sendo que aquele primeiro não pode ser associado a juízo hipotético, antes pelo contrário, ele resulta de avaliação de prova efectivamente produzida ⁽¹⁵⁶¹⁾.

3.2. Envolvido no estudo sobre a função e a estrutura de processos actualmente previstos no ordenamento jurídico italiano que concretizam a técnica da antecipação *tout court*, e que «constituem formas de tutela sumária no decurso de uma acção», CARRATTA confirma a existência de um tipo unitário de *summaria cognitio*, não obstante também confirmar que aqueles processos sumários apresentam diferenças significativas com os processos cautelares.

⁽¹⁵⁵⁹⁾ F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 171.

⁽¹⁵⁶⁰⁾ Neste sentido, A. PROTO PISANI («Procedimenti cautelari...», cit., p. 10) refere que até é perigosa esta interpretação, uma vez que não faz depender a decretação da tutela cautelar da realização de material probatório. Aliás, para o autor a melhor forma de combater a perigosidade intrínseca à decretação da tutela cautelar traduz-se, por um lado, na «redução da sumariedade no que respeita ao *fumus*, com o desiderato de proceder a uma aproximação do juízo cautelar ao juízo de mérito e a uma intensificação do elemento de facto e traduz-se, por outro lado, na adopção pelo juiz de uma análise bilateral do *periculum in mora*, com vista a proceder à valoração comparativa do dano que é susceptível de emergir para ambas as partes, quer da decretação da providência quer do seu não decretamento (p. 12).

⁽¹⁵⁶¹⁾ Aliás, para A. PROTO PISANI («La tutela sommaria...», cit., p. 346), a cognição sumária superficial «deve cioè mirare alla ricerca della verosimiglianza e della probabilità più che della verità e della certezza».

Sendo todos processos sumários, estes últimos possuem a característica da instrumentalidade, o que faz deles um tipo especial. Neste contexto, e procurando ultrapassar a falta de uniformidade que a doutrina tem revelado na definição dos conceitos de «processo sumário» e de «cognição sumária», CARRATTA considera que a estrutura sumária de um processo e a natureza sumária de uma determinada decisão podem determinar-se pelo contraste que os mesmos representam com o modelo dito comum ou ordinário, atendendo, respectivamente, quer à estrutura procedimental, quer à intensidade do *accertamento*. É, pois, neste contexto, que, respectivamente, o autor classifica certos processos e subprocedimentos como sumários, denominando-os de simplificados, e chama «processos de cognição sumária» aos processos no âmbito dos quais o juiz procede a uma cognição «não completa ou não definitiva»⁽¹⁵⁶²⁾, tendo procurado apagar o conceito de «cognição sumária cautelar».

Neste sentido, CARRATTA procurou, em primeiro lugar, separar o conceito de processo sumário do conceito de processo sumário de cognição sumária, tendo afirmado que o processo sumário pressupõe uma regulação simplificada quando comparado com o processo ordinário ou comum, sendo que a simplificação pode manifestar-se tanto através da abreviação dos termos previstos, existindo uma articulação das fases processuais, como através da eliminação de alguma solenidade própria do rito ordinário. Contudo, em nenhum caso, tal regulação apresenta (ou impõe) obrigatoriamente uma simplificação do modelo de prova⁽¹⁵⁶³⁾. Apurado o verdadeiro conceito de processo sumário ou processo sumário *tout court*, CARRATTA procurou em seguida saber o que distingue a cognição sumária típica dos processos especiais que são aptos para desembocar em decisões judiciais propriamente antecipatórias da cognição sumária dita cautelar, tendo encontrado na doutrina uma resposta elaborada de acordo com «o critério da qualidade do *accertamento*» — como já apontámos⁽¹⁵⁶⁴⁾. Uma resposta cuja origem remonta a CALAMANDREI, como

⁽¹⁵⁶²⁾ A este propósito, vd. A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 236 e 237.

⁽¹⁵⁶³⁾ A este propósito, vd. A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., p. 238.

⁽¹⁵⁶⁴⁾ Sobre este assunto, como notámos, F. TOMMASEO (*I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 164) entende que o juízo sumário cautelar pode fundar-se somente «sulla mera attendibilità delle allegazioni e delle prove documentali eventualmente offerte in comunicazione, allegazioni che possono essere sufficienti a formare una valutazione di verosimiglianza dei fatti posti a giustificazione della domanda». E como também verificámos, MONTESANO (*Luci ed ombre...*, cit., p. 601) considera que a diferença entre a tutela sumária e a sumária cautelar «va ricercata nella diversa intensità della cognizione che, nel caso della tutela cautelare, si basa sul *fumus* del diritto». De resto, como sintetizámos, ambos falam de um «juízo hipotético», «che prescinde da qualsiasi valutazione del grado di efficacia della prova e che appaga di una semplice valutazione di verosimiglianza delle allegazioni delle parti, e come, invece, i provvedimenti sommari non cautelari e non autonomi si fondano sulla vera e propria cognizione, anche se “allo stato degli

tivemos oportunidade de ver, e que para CARRATTA é falaciosa, já que assenta numa confusão entre os conceitos de verosimilhança e de probabilidade ⁽¹⁵⁶⁵⁾. Dizer, como o faz TOMMASEO, que o juízo cautelar é hipotético e que se baseia num mero juízo de verosimilhança dos factos alegados, sendo suficiente a mera alegação, e que o juízo sumário não cautelar é um juízo de verosimilhança que decorre da valoração do resultado de prova sobre os factos, está errado ⁽¹⁵⁶⁶⁾, por dois motivos, *scilicet*: a posição é errada porque é a própria lei (artigo 669-*sexies* do c.p.c.) que impõe a necessidade de realização de prova nos processos cautelares, mesmo que esta siga um molde informal, e a posição é metodologicamente errada e até perigosa porque concebe a pronúncia de decisões cautelares tendo apenas subjacente a mera alegação da parte requerente.

Ultrapassando este «método falacioso» ⁽¹⁵⁶⁷⁾ que de todo lhe parecia inadequado (porque incapaz de distinguir as formas de *accertamento* e os tipos de procedimento), CARRATTA chegou à conclusão de que a diferença reside apenas no «grau mínimo de probabilidade considerado suficiente para a emissão de cada uma das pronúncias emitidas nesses processos», já que em ambos os casos se está perante processos sumários com cognição de natureza sumária, sendo que nos processos sumários estudados ou processos antecipatórios *tout court* a natureza sumária da cognição tanto é sinónimo de «cognição não completa» e «não definitiva» como de «cognição informal», variando, pois,

atto”». Neste contexto, A. CARRATTA (*Profili sistematici...*, cit., p. 243, nota 154) dá-nos conta da opinião de C. VOCINO («Intorno al nuovo verbo “tutela giurisdizionale differenziata», in: *Studi in onore di T. Carnacini*, Milano, 1984, II, 1, pp. 763 ss.) e de G. SCARSELLI (*L'accertamento sommario del passivo fallimentare...*, cit., pp. 40 ss.) que vão no mesmo sentido das posições defendidas por estes autores.

⁽¹⁵⁶⁵⁾ De facto, A. CARRATTA (*Profili sistematici...*, cit., p. 244, nota 154) considera que este raciocínio não está correcto, apresentando no mesmo sentido as críticas de M. TARUFFO (*La prova dei fatti...*, cit., pp. 158 ss.), já que verosimilhança e probabilidade são conceitos completamente distintos: «a verosimilhança não exprime conhecimento ou grau de conhecimento e este resulta apenas da produção de prova, enquanto que a verosimilhança não tem que ver com prova: ela prescinde dos meios de prova, já que releva apenas em momentos anteriores ao da realização da prova». Com efeito, M. TARUFFO (*La prova dei fatti...*, cit., pp. 164 ss.) menciona que «quando si parla dell'eventualità che un fatto sia probabile, o più probabile di un altro, no si fa riferimento alla verosimiglianza, ma alla prova di quel fatto, ossia alla presenza di elementi conoscitivi che confermano l'ipotesi ad esso relativa e che, viceversa, un fatto è verosimile non quando vi sono elementi di prova per ritenere attendibile la sua affermazione, ma quando questa appare conforme all'*id quod plerumque accidit*».

⁽¹⁵⁶⁶⁾ A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., p. 245.

⁽¹⁵⁶⁷⁾ Com efeito, A. CARRATTA (*Profili sistematici...*, cit., p. 247) emprega uma expressão de A. PROTO PISANI («Usi e abusi...», cit., pp. 411 ss.) — expressão que veio a ser combatida em vários textos por L. MONTESANO (*La tutela giurisdizionale...*, cit., p. 299, nota 381, e «Strumentalità e superficialità...», cit., p. 311).

segundo os casos previstos na lei ⁽¹⁵⁶⁸⁾. No entanto, o autor considera que, no âmbito da «ampla e genérica categoria das decisões judiciais propriamente antecipatórias, é possível distinguir-se diversos graus de elaboração probatória, tendo em conta o perfil próprio do material lógico e argumentativo que serve de suporte à decisão judicial». É neste sentido que CARRATTA, seguindo um critério que nada tem que ver com a «qualidade do *accertamento*», aponta para um conceito amplo de cognição sumária, fazendo corresponder ao conceito de *summaria cognitio* vários tipos de «cognição não plena»: *Primo*, aquela inclui o tipo de cognição que até pode ser plena, mas «não é definitiva»; *Secundo*, inclui o tipo de cognição que «é parcial» ou «não completa», isto é, que é limitada apenas a uma parte dos factos da causa, *v. g.*, que não atende aos factos modificativos ou extintivos, normalmente invocáveis pela parte demandada na sua defesa; *Tertio*: inclui o tipo de cognição desenvolvida de acordo com um procedimento instrutório informal e por meio de tipos de prova considerados não normais ou não comuns. É exactamente neste grupo que entra designadamente a cognição sumária dos processos cautelares.

⁽¹⁵⁶⁸⁾ Neste contexto, CARRATTA dá-nos conta de três tipos diferentes de decisões antecipatórias *tout court*: decisões que têm subjacente um «accertamento pleno», mas não «definitivo ou não exaustivo»; decisões que têm subjacente um «accertamento limitado a uma parte dos factos da causa (precisamente aos constitutivos); e as decisões antecipatórias, cujo «accertamento» resulta de um procedimento instrutório e de meios de prova tidos por diferentes dos típicos ou normais. Por exemplo, estas decisões podem depender (ou resultar) da «prova produzida ou junta, até ao momento, no processo» («raggiungimento della prova») sobre os factos constitutivos do pedido principal. Assim acontece, segundo o autor, designadamente, para a emissão das decisões judiciais de «ordinanza» previstas no artigo 423 (alínea segunda), no artigo 186-*quarter* e no artigo 24 da Lei n.º 990/1969. Ou pode corresponder à valoração como «irrelevante ou insuficiente» dos elementos de prova produzidos pela parte contrária (situação prevista no artigo 18, alínea sétima, do *Estatuto dos Trabalhadores*) ou à valoração da não apresentação de contestação (situação prevista para a emissão da *ordinanza* contemplada no artigo 423, primeira alínea, e da prevista no artigo 186-*bis*), circunstância que determina a *relevatio ab onere probandi*. Outras vezes, a decisão antecipatória *tout court* pressupõe um «accertamento» parcial, na medida em que, não tendo as excepções invocadas pela parte contrária fundamento em prova escrita (ou em prova que possa imediatamente ser produzida), aquele *accertamento* é limitado, numa primeira fase, aos factos constitutivos, sendo alargado apenas, num outro momento mais adiantado do processo, aos factos modificativos e extintivos. Assim acontece, segundo o autor, nos casos da decisão judicial de «ordinanza», prevista nos artigos 665 e 648. Finalmente, em outros casos, parte-se de uma particular credibilidade («attendibilità») de elementos de prova que o legislador determinou pontualmente (como acontece no «procedimento monitorio» e no caso da «ordinanza» prevista no artigo 186-*ter*), casos em que a decisão antecipatória surge numa primeira fase (fase sumária) de um processo em curso, ou surge tendo por base um «accertamento» resultante de prova adquirida, não segundo os meios probatórios comuns, mas de modo informal, como acontece na decisão prevista no artigo 28.º do *Estatuto dos Trabalhadores*.

Neste sentido, o autor, afastando-se das posições clássicas que consideram que a sumariedade cautelar se traduz na possibilidade de o juiz valorar em termos de verosimilhança as alegações do requerente, considera que o carácter sumário dos processos cautelares está marcado no próprio preceito do c.p.c. (artigo 669-*sexies*)⁽¹⁵⁶⁹⁾, quando dispõe sobre a informalidade da produção de prova: omitidas as formalidades não essenciais ao contraditório, o juiz procede a «actos de instrução indispensáveis» e, no procedimento *inaudita altera parte*, «o juiz procede, se for necessário, à recolha de informações sumárias» («*sommarie informazioni*»). Neste sentido, CARRATTA considera que este modelo de «informações sumárias» demonstra que a cognição cautelar é sumária, porquanto é «diferente do modelo de cognição ordinária» e porque os actos de instrução devem apenas fornecer ao juiz um mínimo de certeza, isto é, de probabilidade, quanto à razão do requerente. A sumariedade cautelar combina com a instrumentalidade e com a provisoriedade da tutela cautelar, combinando bem ambas com o grau de convicção inferior que, nestes casos, é exigido ao juiz⁽¹⁵⁷⁰⁾. Por opção do legislador, concluiu: «é normal que para a pronúncia de providências cautelares se exija apenas um *minimum de accertamento*».

Neste sentido, CARRATTA deduz várias conclusões: *primo*, o conceito de *Wahrscheinlichkeit*, que é próprio da *Glaubhaftmachung*, ou *accertamento* de que depende no ordenamento jurídico civil alemão a pronúncia das *einstwei-*

(1569) O § 1.º do artigo 669-*sexies* dispõe o seguinte: «*Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda*». E o § 2.º estabelece o seguinte: «*Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato assunte ove occorra sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni (...). A tal udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto*».

(1570) A propósito do conceito de «*sommarie informazioni*», TARUFFO (*La prova dei fatti...*, cit., pp. 467 ss.) refere que estas informações são «destinadas a fornecer ao juiz uma base cognitiva limitada, aproximativa e provisória para o *accertamento* dos factos», sendo certo que para o autor, o carácter sumário deste procedimento respeita sobretudo «à *modalidade* de aquisição dos elementos úteis para o conhecimento dos factos» e não concerne tanto «ao *resultado* propriamente dito desse *accertamento*». Na verdade, o carácter «*deformalizado* e simplificado das *informações sumárias*, pode até dar lugar a um *accertamento* completo e exaustivo dos factos da causa. Para TARUFFO, aquele conceito está fundamentalmente relacionado com o carácter informal e simplificado do procedimento de instrução probatória: «la deviazione rispetto al modello dell'istruzione probatoria ordinaria significa allora che, con la formula delle sommarie informazioni o con altre formule equivalenti, il legislatore lascia al giudice, insieme con la determinazione delle modalità di acquisizione delle informazioni, anche la scelta relativa al grado di completezza e di approfondimento dell'*accertamento dei fatti*».

lige Verfügungen e do *Arrest*, não poderia nunca corresponder ao conceito italiano de «verosimilhança» ⁽¹⁵⁷¹⁾ — como erradamente entendeu CALAMANDREI, decorrendo daí um conjunto de equívocos, sendo que o maior se traduziu na autonomização do conceito de verosimilhança; *secundo*, aquele conceito corresponde a juízo de probabilidade, entendido este como «juízo menos pleno do que o juízo de certeza», sendo que deve ser compreendido numa perspectiva gradualista, que inclui «diferentes graus de probabilidade»; *tertio*, a diferença entre a cognição sumária cautelar e a cognição própria do tipo de processos antecipatórios por si estudados, que também são sumários e de cognição não plena, prende-se com o «grau mínimo de probabilidade exigido para a emissão de cada uma das pronúncias emitidas nesses processos», sendo que a primeira pressupõe a aquisição de um grau mínimo de probabilidade sobre a existência dos factos.

Parece evidente que, para CARRATTA, faz todo o sentido distinguir a sumariedade numa perspectiva procedimental, um pouco na senda do pensamento de PROTO PISANI ⁽¹⁵⁷²⁾, do juízo sumário, já que aquela pode conduzir à formação de um juízo mais pleno ou à formação de um juízo menos pleno, dependendo da vontade do legislador, sendo que este terá em conta o objecto, o conteúdo e a função da decisão em causa ⁽¹⁵⁷³⁾. Assim, assumindo a possibilidade de determinar a sumariedade de um processo pelo tipo de procedimento instrutório nele previsto e adoptando a ideia gradualista na formação do juízo, o autor conclui que «o *modus procedendi* pode influir na sumariedade da cognição, mas não necessariamente na qualidade do resultado», sendo que, ainda assim, a cognição plena é sobretudo o resultado de um modelo participativo das partes num processo legalmente pré-determinado e a cognição sumária é, pelo contrário, resultado de um *iter* processual entregue na sua maior parte ao poder discricionário do juiz. Enfim, do estudo desenvolvido por CARRATTA sai reforçada a ideia de um conceito unitário de sumariedade, sendo que a especificidade da *summaria cognitio* do processo cautelar se revela apenas no grau inferior de probabilidade que nestes casos o legislador exige que o juiz atinja quanto ao *thema probandum* para pronunciar a decisão urgente, exigindo-se o *minimum* de probabilidade.

⁽¹⁵⁷¹⁾ Neste sentido, A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., p. 254, nota 170.

⁽¹⁵⁷²⁾ Com efeito, A. PROTO PISANI (*Usi e abusi...*, cit., p. 411) também parece estabelecer da mesma forma a diferença entre a cognição plena e a cognição sumária: «cognizione piena non significa conoscenza dal punto di vista logico più razionale della conoscenza cui si perviene nella cognizione sommaria. Significa *solo* cognizione che è il frutto di un modello partecipativo delle parti a un processo legalmente predeterminato, e non di un *iter* processuale rimesso nella sua massima parte alla discrezionalità del giudice».

⁽¹⁵⁷³⁾ Neste sentido, A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 302 a 305.

3.3. O conceito unitário de sumariedade sai reforçado no estudo desenvolvido por CAVALLONE, sendo que a especificidade da *summaria cognitio* do processo cautelar se revela, agora, sobretudo, no momento do julgamento da matéria de facto, pelo afastamento da regra de repartição do ónus da prova em prol de um critério especial de decisão, que, para o autor, assenta numa ponderação de custos-benefícios. Enfim, não aceitando as proposições da dogmática tradicional, o autor apresenta sérias críticas a quem considera que a *summaria cognitio* prevista pelo legislador por razões de urgência traduz a lógica de *em tempo de guerra não se limpam armas*. Neste sentido, negando que a *summaria cognitio* possa ser sinónimo de «juízo menos intenso», «cognição ou exame menos cuidadoso», sistema de «segunda categoria», o autor procura reconstruir um conceito novo, apelando à instituição de um sistema de *summaria cognitio* que tem em comum a simplificação.

Neste contexto, alertando para a dificuldade da tarefa, uma vez que a instrução probatória de tipo simplificado pode ser mais complexa e mais heterogênea do que o que se poderia supor à partida, de tal maneira que os procedimentos instrutórios simplificados nem mesmo eles se apresentam claramente com características positivas comuns em face do procedimento instrutório comum ou ordinário, CAVALLONE associa o conceito de *summaria cognitio* a procedimento instrutório simplificado ⁽¹⁵⁷⁴⁾. E, de uma vez por todas, o autor considera necessário afastar o conceito de *summaria cognitio* de verosimilhança, uma vez que este conceito «é pouco convincente», sendo ainda menos convincente «a imagem do juiz que não procura a verdade e nem aspira à certeza jurídica», ou seja a imagem «do juiz que se deve contentar com a verosimilhança ou com a aparência de situações de facto que são consideradas», «aquilo que se descreve através da fórmula *fumus boni iuris*» ⁽¹⁵⁷⁵⁾.

Enfim, neste quadro, CAVALLONE propõe-se revisitar o conceito e reconstruir um modelo de *cognitio summaria*, considerando necessário partir do princípio de que o mesmo modelo pressupõe uma simplificação perante o modelo da cognição plena. E assim, procurando identificar os tipos de processos no âmbito dos quais está previsto um modelo distinto do de *plena cognitio*, este professor da universidade de Milão percebe que a simplificação pode variar de caso para caso, podendo ainda assim assumir modalidades típicas, a saber: pode traduzir-se na ausência de contestação, ou na limitação de provas admitidas ⁽¹⁵⁷⁶⁾, ou na apreciação de prova já realizada até ao momento

⁽¹⁵⁷⁴⁾ B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., pp. 172 e 173.

⁽¹⁵⁷⁵⁾ B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 173.

⁽¹⁵⁷⁶⁾ Assim, no conjunto de procedimentos e processos com instrução simplificada, CAVALLONE enumera, em primeiro lugar, três tipos de procedimentos (ou subprocedimentos) que

no processo ⁽¹⁵⁷⁷⁾ ou na recolha informal de prova ⁽¹⁵⁷⁸⁾. Aliás, no procedimento instrutório sumário italiano, «as informações sumárias» têm uma larga aplicação e tradição, não obstante os seus contornos serem incertos e pouco delimitados. Estas *informações*, que resultam da recepção informal de depoimentos (e que não são proferidos sob juramento), são algumas vezes uma alternativa à audição das partes, outras vezes são complementares às declarações feitas pelas partes. Este instrumento é também utilizado nos processos cautelares: o artigo 669-*sexies*, primeira alínea, do c.p.c., que prevê o procedimento probatório comum uniforme e que se aplica aos demais processos cautelares tipificados na legislação italiana (nos artigos 670.º a 691.º), tais como o arresto preventivo (*sequestro conservativo*), o arrolamento (*sequestro giudiziario*), o embargo de obra nova e a prevenção do dano, e às providências de urgência previstas no artigo 700.º e à fase urgente dos processos possessórios. E, segundo a norma, o juiz, depois de ouvidas as partes, omitindo todas as for-

desembocam em decisões judiciais provisórias antecipatórias, que podem ser emitidas ao abrigo de preceitos recentemente introduzidos no direito processual civil italiano, designadamente pelos artigos 186-*bis*, 186-*ter* e 186-*quater*. No primeiro caso, deve-se à falta de contestação, a simplificação do procedimento instrutório, sendo certo que toda a actividade de instrução é desnecessária por se verificar este tipo de situação processual. No segundo caso, a simplificação resulta da limitação de admissibilidade de prova, já que se aceita apenas uma modalidade de prova, isto é a «prova escrita». E no terceiro caso não se trata tanto de simplificação de prova mas de prova já antecipadamente «esgotada» ou prova produzida.

⁽¹⁵⁷⁷⁾ A simplificação de instrução traduzida na possibilidade de o juiz decidir após o decurso de uma audiência, tendo por base a prova já recolhida até esse momento, está também consagrada em duas hipóteses previstas na Lei n.º 300/1970, designada por *Estatuto dos Trabalhadores*. Nos termos do artigo 18.º, o juiz pode ordenar provisoriamente a reintegração do trabalhador delegado sindical despedido «desde que considere irrelevantes ou insuficientes os elementos de prova fornecidos pelo empregador». E nos termos do artigo 28.º, o juiz, a pedido de associações sindicais para verificar e reprimir o comportamento anti-sindical do empregador, pode *in limine litis*, depois de convocar as partes e após ter recolhido «informações sumárias», ordenar através de decisão fundamentada e imediatamente executória, a cessação do comportamento ilegal e a eliminação dos seus efeitos.

⁽¹⁵⁷⁸⁾ Como refere B. CAVALLONE («Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 167), também outro tipo de procedimentos, designadamente aqueles no âmbito dos quais são proferidas medidas provisórias e urgentes no interesse dos cônjuges e crianças (v. g. processo de separação e divórcio, nos termos do artigo 708.º do c.p.c. e artigo 4.º, alínea 8, da Lei n.º 898/1970), sendo que, nestes exemplos, a instrução reduz-se, por norma, a uma audiência informal entre o juiz e os cônjuges ou à análise de prova documental. Igual situação de simplificação acontece no processo tendente a obter o pagamento provisório de uma pensão de alimentos, nos termos do artigo 446.º do Código Civil, cuja decisão é proferida *in limine litis*, depois de realizada uma simples audiência de partes interessadas. Já quando essa pronúncia acontece em fase mais adiantada do processo, o juiz competente profere a sua decisão com base em todas as provas reunidas até ao momento. Neste caso, a instrução diz-se simplificada, na medida em que seja parcial e ainda incompleta.

malidades não essenciais ao princípio do contraditório, procede de modo que considere mais adequado à instrução indispensável, tendo em vista as condições e o objectivo da medida requerida.

Ora, daqui resulta que, no panorama legislativo italiano, a *cognitio summaria* tem uma abrangência alargada, podendo constituir tanto o tipo de instrução próprio de processos tendentes a obter decisões judiciais provisórias como o tipo de instrução de numerosos processos especiais de natureza diversa, tais como aqueles que segundo a dogmática italiana são comumente designados por processos sumários *tout court* (ou em sentido restrito), ou processos sumários sem função cautelar, e processos de jurisdição voluntária (1579). Além disso, o conceito de decisão judicial provisória não tem características necessariamente individualizáveis, pelo que a este conceito podem corresponder tanto as decisões provisórias com função cautelar como outras pronúncias judiciais, que são proferidas depois de realizada uma instrução especial, ainda que não tão completa e tão profunda quanto a ordinária, tais como os tipos de *ordinanza* previstas nos artigos 186-*bis*, 186-*ter* e 186-*quarter* do c.p.c., pelo que se percebe que a escolha pelo legislador de formas «simplificadas» de instrução — e «alternativas» quando confrontadas com o modelo de instrução vigente no processo ordinário e que geralmente são catalogadas e agregadas segundo a noção clássica de *cognitio summaria* — não obedece a critérios que atendem ao tipo de efeitos das decisões proferidas, ou seja não depende da maior ou menor estabilidade dos efeitos dessas pronúncias, nem tem que ver com a sua eventual incapacidade para formarem caso julgado. Pelo contrário, o que pode presidir à escolha de tais formas de instrução simplificada será, entre outros aspectos, a necessidade de ser pronunciada uma decisão judicial urgente e imediatamente eficaz, prevalecendo sobre as razões que obrigam a que as decisões judiciais sejam precedidas de uma rigorosa e intensa averiguação da factualidade litigiosa (1580). Assim, por um conjunto de factores, onde se inclui a urgência, as regras comuns de instrução probatória cedem em favor de um sistema específico e simplificado: o sistema da *cognitio summaria*.

Enfim, partindo do princípio de que as leis processuais prevêm normalmente um sistema comum (ou ordinário) de realização e valoração de prova e de que a decretação de decisões judiciais urgentes e de outras decisões provisórias não se rege por tais regras, cumpre perceber em que termos opera a simplificação. Ora, tendo em conta que a previsão de procedimentos

(1579) B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 163.

(1580) B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 164.

instrutórios se repete com frequência no sistema italiano ⁽¹⁵⁸¹⁾, já que a tendência do legislador parece ser proceder à «multiplicação dos procedimentos sumários típicos, criados para tutela de situações jurídicas privilegiadas (como, por exemplo, sucede no processo monitório)» ⁽¹⁵⁸²⁾, CAVALLONE enumera modalidades de simplificação, a partir do confronto do procedimento instrutório simplificado perante o procedimento instrutório designado como procedimento instrutório comum ou ordinário. E, assim, apresenta algumas características do procedimento probatório que são comuns a diversos processos de instrução simplificada e que, por isso, são agrupados como processos de *cognitio summaria*:

Em primeiro lugar, apresenta certos casos, como por exemplo os previstos nos artigos 186-*bis* e 186-*quater*, em que «a instrução sumária não difere muito da instrução de tipo ordinário»: a decisão judicial provisória proferida assenta numa apreciação de prova que bem poderia justificar a pronúncia de uma decisão de fundo, distinguindo-se, assim, porque é provisória e acontece cronologicamente num momento prévio à emissão daquela ⁽¹⁵⁸³⁾. Depois, indica outros exemplos em que o carácter simplificado e sumário da instrução se fica a dever à existência de limites à admissibilidade de prova, limites mais severos do que os previstos para o procedimento instrutório comum, como, designadamente, no caso previsto no artigo 186-*ter* e no artigo 665 do c.p.c., sendo que no primeiro caso se está perante «regras especiais de prova legal em sentido restrito» ⁽¹⁵⁸⁴⁾. Em terceiro lugar, e nas situações em que a

⁽¹⁵⁸¹⁾ E este modelo repete-se em numerosas hipóteses previstas na legislação italiana, a saber: procedimento de designação de tutor ou de curador provisório, no âmbito de processos de interdição ou de incapacidade (artigo 717.º do c.p.c.); processo tendente a obter decisões provisórias favoráveis ao trabalhador, proferidas no âmbito de processos especiais de trabalho, previstos no artigo 423.º, alínea 2, do c.p.c.; procedimento tendente a desembocar em decisões judiciais provisórias, emitidas ao abrigo do artigo 24.º da Lei n.º 990/1969, no âmbito de um processo de reparação de danos causados por acidentes de circulação rodoviária, a favor dos interessados e dentro do valor previsto na lei, sendo que o restante é liquidado no julgamento definitivo. Um esquema similar está previsto em matéria de rendas, no artigo 30.º da Lei n.º 392/1978, já que o juiz pode, a pedido do proprietário, ordenar o abandono do imóvel, «em qualquer momento do processo, depois de ter analisado as razões invocadas pelas partes e as provas recolhidas». Já a simplificação do procedimento previsto no artigo 665.º do c.p.c., a propósito da decisão insusceptível de recurso que o juiz pronuncia a favor do locatário, após a primeira audiência do processo de validação do contrato ou de expulsão, decorre da proibição de realizar outro tipo de provas que não seja a escrita, sendo tal procedimento semelhante ao procedimento «injunção»: a prova reduz-se à prova escrita, e, portanto a averiguar a existência de contrato de arrendamento, a sua duração e o crédito de rendas.

⁽¹⁵⁸²⁾ Neste sentido, vd., também, G. TARZIA, «Providências cautelares atípicas...», cit., p. 244.

⁽¹⁵⁸³⁾ B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 171.

⁽¹⁵⁸⁴⁾ B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 172.

decisão judicial provisória tem de ser pronunciada *in limine litis*, a instrução é como que «embrionária» e resulta de actos introdutórios do processo, de documentos imediatamente juntos e de declarações das partes, como é exemplo a situação prevista no artigo 708.º do c.p.c. italiano. Em quarto lugar, CAVALLONE nomeia um conjunto alargado de casos em que as decisões provisórias são decretadas num momento (qualquer) do procedimento instrutório comum, socorrendo-se o juiz «de prova já recolhida até a esse momento», designadamente nos casos previstos nos artigos 423.º, alínea 2, do c.p.c. e 18.º do *Estatuto dos Trabalhadores*. Nestes casos, o autor refere que «o carácter sumário do procedimento não deriva de um regime especial (ou particular) de instrução, mas do estado (num certo momento) do procedimento instrutório comum, que naquele exacto momento, em que é proferida a decisão antecipada, ainda não se encontra esgotado. E, igualmente, há numerosos exemplos no panorama italiano em que a decisão judicial provisória é decretada tendo na sua base as «informações sumárias»⁽¹⁵⁸⁵⁾, tal como o «depoimento informal» («*témoignage informel*»), em vez da audição de partes ou como complemento desta.

Finalmente, como enuncia CAVALLONE, existe o modelo presente no artigo 669-*sexies* (alínea 1.^a) do c.p.c., que, por um lado, se caracteriza pela simplificação — sempre que necessária e possível — de modalidades de aquisição de prova, e, por outro lado, caracteriza-se pela individualização de um *thema probandum* que é não somente parcial e reduzido como é também diverso do da causa principal. Ora, para CAVALLONE, o modelo de instrução no processo cautelar tem, na verdade, especificidades perante os demais processos sumários, uma vez que é muito mais articulável dos que os outros, que cumpre explicar. Assim, para além do aspecto relacionado com as «informações sumárias», os actos de instrução coincidem com certos instrumentos probatórios ditos ordinários — prova testemunhal, interrogatório livre das partes, peritagem e inspecção e prova documental. Contudo, exclui-se o depoimento de parte, destinado a provocar a confissão, e a declaração em juízo sob juramento, sendo que a *summaria cognitio* comporta também o emprego de outros instrumentos de prova diferentes dos típicos⁽¹⁵⁸⁶⁾. Verifica-se, desde já, que a cognição sumária do processo cautelar tem características especiais no que se refere também aos meios de prova. Mas há mais especificidades a referir. E essa especificidade acrescida decorre do facto de o jul-

(1585) A propósito do «informazioni» e do campo amplo em que esta modalidade está prevista, vd. B. CAPPONI, «Le “informazioni” del giudice civile (appunti per una ricerca)», RTDPC, 1990, pp. 911 ss.

(1586) Cfr. B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 170.

gamento da matéria de facto poder ser realizada e orientada de modo diferente daquela que é própria do juiz de mérito. O juiz cautelar está vulgarmente autorizado a servir-se do «balanço de interesses opostos», uma vez que na sua cognição deve ser tida em conta a finalidade das providências a emitir. E, portanto, tal significa que, na dúvida quanto à verificação dos pressupostos de uma certa providência cautelar, tendo sido realizada uma instrução simplificada, o juiz deverá decretar — ou recusar — a providência solicitada tendo por base uma ponderação de custos/benefícios. Num género de repartição especial do ónus da prova, a providência cautelar poderá ser recusada ou deferida conforme o resultado do balanço de conveniência a efectuar. Assim, CAVALLONE entende que este juízo de balanço de interesses interfere e tem relação com as regras de prova e mais precisamente com a possibilidade de aplicação da regra do ónus da prova, prevista no artigo 2697.º do Código Civil, no processo cautelar. Tomar em consideração o «balanço de interesses opostos» poderá traduzir-se numa regra especial de decisão, valendo especialmente para os processos cautelares.

3.4. Também LOMBARDO segue aquela metodologia de confronto entre aquilo que pode definir-se como sendo a «cognição plena» e outras formas de «cognição não plena», tendo igualmente afirmado que o tipo de cognição não afecta a qualidade do *accertamento*. De resto, invocamos o estudo de LOMBARDO porque este autor se esforça por distinguir os conceitos de «processo sumário» e de «cognição sumária», tendo estabelecido critérios densificadores de cada um deles. Assim, partindo da distinção *chiovendiana* entre «processo sumário» e «cognição sumária», o autor uniformiza o conceito de sumariedade, tendo apresentado algumas especificidades da cognição cautelar.

Neste contexto, LOMBARDO considera que, para que a cognição seja sumária, é necessário que esta esteja sujeita, em particular, a normas e princípios específicos, *id est*, um regime distinto daquele que prevalece para a demais cognição judicial, dita «cognição ordinária», sendo que tal regime deve limitar, de uma forma ou de outra, o conhecimento do *thema decidendum*. E, para o feito, é suficiente que o legislador exclua do contraditório uma das partes (como *v. g.* acontece no processo cautelar *inaudita altera parte*), com todas as implicações que daí advêm, ou que derogue algumas regras típicas da cognição ordinária relativamente à instrução probatória, *maxime*, prevendo a limitação mais ou menos intensa da utilização de um ou outro meio de prova, prevendo o recurso a tipos diferentes de prova e ainda atribuindo valor probatório diverso a algum elemento de prova ⁽¹⁵⁸⁷⁾.

(1587) Vd. L. LOMBARDO, «Natura e caratteri...», cit., p. 483.

Partindo deste critério, o autor procurou apurar o conceito de cognição sumária cautelar, tendo concluído que a cognição realizada pelo juiz cautelar não é obrigatoriamente sumária e não é forçosamente diferente da cognição plena. Contudo, ainda assim, para LOMBARDO há um momento, um momento apenas, em que a cognição cautelar se assume como «cognição sumária superficial», uma vez que o juiz, por força de específicas disposições legais que expressamente o autorizam, pode emanar uma decisão tendo por base um *accertamento* que é incompleto ou superficial relativamente aos *facta probanda* e esse momento está consagrado apenas no § 2.º do artigo 669-*sexies* do c.p.c..

Vejamos melhor as conclusões a que chega no seu artigo que gira em torno da «(delicada) fase que constitui a instrução probatória no processo cautelar». O autor, depois de rebater ponto por ponto a doutrina clássica que versa sobre esta temática, conclui que esta fase, que agora é disciplinada uniformemente no artigo 669-*sexies*, §§ 1 e 2, do c.p.c., tem características de sumariiedade muito específicas, de tal modo que é possível qualificá-lo como um «unicum» do sistema processual. Assim, distinguindo dois segmentos na cognição sumária cautelar, o autor chega às seguintes conclusões: *i.* há uma profunda diferença entre o modelo do processo cautelar sujeito ao princípio do contraditório, aquele que está previsto no primeiro parágrafo, e o modelo cautelar *inaudita altera parte*, consagrado no segundo (parágrafo); *ii.* O primeiro configura-se como um procedimento sumário, no que respeita à forma e à duração (*forme e ai tempi*) do *modus procedendi*, sendo, contudo, de cognição não sumária (ou seja, sendo de «cognizione piena»); *iii.* O segundo, pelo contrário, não só é do tipo «sommario» quanto ao *modus procedendi* como configura uma cognição sumária («cognizione sommaria»); *iv.* E isto porque: enquanto no primeiro vinga o princípio do contraditório entre as partes, no segundo prescinde-se deste princípio; enquanto no primeiro rege o princípio da disponibilidade da prova, no segundo rege o princípio do inquisitório; enquanto no primeiro se utiliza as modalidades típicas de prova, no segundo é apenas possível realizar um meio oficioso de prova, de difícil configuração».

Introduzida sumariamente a posição de LOMBARDO, cumpre perceber que ele rompe radicalmente com a posição *calamandreiana*, rejeitando os conceitos de «cognição sumária», «juízo hipotético» e de «verosimilhança». Com efeito, o autor defende que o primeiro parágrafo do artigo 669-*sexies*, c.p.c. (que configura o regime regra ou comum sobre a produção de prova no âmbito dos processos cautelares), consagra um «processo sumário» que é «de cognição plena» (3.4.1.) e que o segundo parágrafo (que constituiu um regime especial sobre a produção de prova do processo cautelar) consagra a existência de um «processo sumário» que é «de cognição sumária» (3.4.2.). Vamos ver porquê.

3.4.1. Assim, aquele primeiro regime prevê a existência de um processo sumário porque consagra um modelo que assenta no princípio da liberdade de forma, devendo a forma, os termos e a duração do procedimento («omitidas as formalidades não essenciais ao contraditório») ser determinada discricionariamente pelo juiz, em termos que julgar mais oportuno ou adequado. Neste sentido, o autor considera que nessa norma se está perante um típico processo sumário, já que, perante o procedimento dito ordinário, o mesmo normativo contém uma simplificação da forma e dos termos do procedimento, sendo a sua determinação entregue ao juiz, em termos de poder discricionário. Contudo, o autor também entende que a liberdade da forma que caracteriza o procedimento não autoriza a concluir que este também seja de cognição sumária («cognizione sommaria») (1588). Na verdade, segundo o autor, este modelo processual delineado no parágrafo primeiro implica a plena realização do contraditório, bem como impõe que o juiz observe «todas as formalidades essenciais ao contraditório». Por outro lado, tal modelo não contém alguma norma que incida sobre a configuração da instrução probatória ou sobre o juízo de facto, desvirtuando-o em relação ao modelo ordinário e consagrando-o como um modelo de cognição sumária. O modelo previsto, que permite ao juiz proceder «a actos de instrução indispensáveis», tendo em conta os pressupostos e o fim da providência requerida, não consagra, de facto, para o autor, um modelo de cognição sumária, uma vez que não prevê nenhuma regra especial, perante o modelo normal, nem no que toca aos actos instrutórios que a realizam, nem no que respeita aos critérios com base nos quais deverá ser realizado o juízo de facto (1589). São, pois, quatro os argumentos invocados por LOMBARDO para justificar que o direito positivo consagrado naquele artigo não contempla uma cognição sumária (como não tinha obrigatoriamente de o fazer, já que, para o autor, nem a natureza instrumental do processo cautelar impõe que a cognição própria do processo cautelar deva ser a sumária) (1590). Ora, tal como no procedimento instrutório ordinário ou

(1588) Neste sentido, L. LOMBARDO, «Natura e caratteri...», cit., p. 484.

(1589) Neste sentido, L. LOMBARDO («Natura e caratteri...», cit., pp. 485) refere que «la tutela cautelare si caratterizza, infatti, rispetto alla tutela c.d. anticipatoria propria dei procedimenti sommari non cautelari, per la sua funzione strumentale rispetto alla sentenza definitiva di merito e, se ne condivide il carattere (provvisorio) del provvedimento nel qual si concreta, non necessariamente ne condivide il carattere sommario della cognizione». E acrescenta ainda que «la sommarietà della cognizione, se non è incompatibile con la natura della tutela cautelare, non ne costituisce tuttavia carattere necessario e indispensabile».

(1590) Assim, em primeiro lugar, o autor contesta que seja o princípio do inquisitório a dominar a fase de instrução no processo cautelar e nega que o juiz tenha o poder «*d'ufficio*» de dirigir os actos instrutórios que considere «indispensáveis» e que seja titular de uma liberdade de iniciativa instrutória oficiosa, isto é que seja titular de uma liberdade que tenha como limite

comum, neste procedimento valem os princípios do dispositivo e da disponibilidade das partes (artigo 115.º do c.p.c.) e não o do inquisitório, tal como vulgarmente se afirma, sendo que se realizam os mesmo meios de prova e vinga a mesma regra quanto à relevância de prova, valendo, em pleno, o princípio da repartição do ónus da prova, previsto no artigo 2697.º do Código Civil italiano. Ainda assim, este procedimento pode sofrer alguns desvios ⁽¹⁵⁹¹⁾.

Enfim, se esta posição sobre o tipo de cognição própria do processo cautelar contrasta efectivamente com a tradicional, cumpriria agora perceber se a cognição do processo cautelar conduz à formação de um *accertamento* sumário ou reduzido, *id est*: juízo de verosimilhança. Contudo, também a sua opinião que respeita ao perfil último da fase final da instrução probatória cautelar, a que é relativa à formação do juízo de facto, também neste aspecto a posição *calamandreiana* é afastada. E são, assim, anulados os conceitos de «juízo hipotético» e de «verosimilhança», enquanto sinónimos de *accerta-*

apenas o que fosse considerado indispensável para decidir se a medida deveria ou não ser decretada. E opõe-se também ao entendimento de que seja o que se acabou de afirmar que possa considerar-se suficiente para distinguir o modelo instrutório comum ou ordinário do modelo cautelar. O autor é da opinião de que estes aspectos relacionados com a «deformalização do procedimento» (ou sumariedade procedimental) não atingem o princípio do dispositivo, na vertente da disponibilidade privada da prova, previsto no artigo 115 do c.p.c., nem tão pouco contraria a regra relativa ao ónus da prova, prevista no artigo 2697 (c.c.). Assim, para o autor, não há nenhuma disposição que atribua ao juiz cautelar poderes oficiosos diferentes ou maiores do que aqueles que possui o juiz de processo ordinário. Em segundo lugar, o autor considera que, em contraste com o regime comum (artigos 191 ss. do c.p.c.), não há nenhuma regra especial neste modelo que estabeleça um regime diverso quanto aos tipos de prova que podem servir de base ao convencimento do juiz cautelar e que podem ser admitidas no processo cautelar: os actos de instrução correspondem à realização dos mesmos meios ordinários de prova, sendo que têm de ser indispensáveis em relação aos pressupostos e ao fim da providência requerida, podendo, no entanto, sofrer alguma variedade procedimental, no que respeita à simplicidade e abreviação estabelecida discricionariamente pelo juiz. Em terceiro lugar, LOMBARDO entende que não há diferenças também no que respeita à relevância da prova: o critério da indispensabilidade que rege no processo cautelar é semelhante ao que está previsto no regime comum de cognição (onde também vinga o princípio da idoneidade e da necessidade), tendo em conta quais são os *facta probanda* e qual o tipo de provas que deve considerar-se necessário, sendo que no processo cautelar o *thema decidendum* é constituído pelo *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Finalmente, o autor também defende que neste modelo também se aplica a regra geral do ónus da prova, de tal modo que se deve entender que quem requer o decretamento de uma providência cautelar tem de provar os pressupostos do seu deferimento (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sob pena de esta ser rejeitada.

⁽¹⁵⁹¹⁾ L. LOMBARDO («Natura e caratteri...», cit., p. 491) aceita a possibilidade de serem produzidas todas as provas típicas e as atípicas, já que é da opinião de que «tudo o que não é expressamente proibido é aceite». Contudo, também explica que alguns meios de prova podem revelar-se desajustados no processo cautelar. Assim, por exmplo, os depoimentos sob juramento podem revelar-se desconformes com a função e a natureza do processo cautelar.

mento reduzido e enquanto «quid minus», pois a afirmação de que «o juiz cautelar, para decretar a providência requerida, não deve formar uma convicção plena sobre a existência dos factos alegados, mas deve decidir tendo por base um juízo de verosimilhança», atribuída à corrente *calamandreiana*, padece de erro (1592).

E apresentamos já a conclusão a que LOMBARDO chega: é errado contrapor a cognição sumária à cognição plena sem perceber que a diferença essencial reside na natureza do *thema probandum* próprio do processo cautelar: este é caracterizado pelo facto de o seu objecto corresponder a um objecto de mera probabilidade. Ao contrário do processo de cognição ordinário, que visa comprovar a existência das circunstâncias factuais que constituem o seu *thema probandum*, no processo cautelar o *thema probandum* é um tema de probabilidade, não sendo necessária a prova da existência do direito a proteger, nem é necessária a certeza do dano a evitar. Por isso vale aqui também a ideia de probabilidade, sendo que esta é entendida enquanto juízo para que tende qualquer cognição. Na verdade, o autor considera que o artigo 669-*sexies* não contém nenhum regime especial quanto à formação do juízo cautelar em comparação com aquele que se prevê para a formação do juízo de mérito, a não ser na tal particularidade que resulta da existência de um *thema probandum* distinto. Vejamos melhor em que termos não pode tal conceito ser associado ao conceito *calamandreiano* de verosimilhança em sentido restrito, que já estudámos.

Em primeiro lugar, cumpre perceber que LOMBARDO não rejeita o conceito amplo de verosimilhança daquele autor, uma vez que a expressão verosimilhança em sentido lato foi empregue como sinónimo de probabilidade e nesta

(1592) Como estudámos, assim defendiam CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., p. 63), que falava em «aparência de direito», e LIEBMAN («Unità del procedimento cautelare...», cit., p. 252), que invocava o «juízo de probabilidade ou de verosimilhança». E, na actualidade, há também quem associe a «cognitio summaria» à verosimilhança, sendo certo que, como alerta G. TARZIA («Providências cautelares atípicas...», cit., p. 245), esta modalidade de cognição se transforma frequentemente numa *cognitio plena* da questão e facto e de direito. Aliás, segundo C. CONSOLO («Il processo cautelare: profili generali», RTDPC, 1996, p. 348), esta transformação acontece por actuação jurisprudencial, já que os tribunais aplicam um conceito de verosimilhança em termos que o *fumus boni iuris* é avaliado segundo uma medida gradual e variável, conforme o tipo de providência e o tipo de efeitos negativos decorrentes de tal providência, uma vez que está em causa uma valoração prognóstica, falando-se indistintamente de «possibilidade de vitória no processo principal», de «verosimilhança» e de «probabilidade» e de «não manifesta falta de fundamentação da pretensão». Segundo o autor, «a noção de *fumus iuris* não só não pode como não quer exprimir um *standard* valorativo uniforme e constante, devendo antes modular-se em função do tipo de providências requeridas e os prejuízos em causa existentes: um mínimo para a de produção de prova antecipada e um máximo para as providências antecipatórias».

perspectiva considera-se que no processo o valor da certeza ou da verdade absoluta é sempre inatingível, já que o que se consegue a partir de uma instrução completamente exaustiva é tão só a verosimilhança, *rectius* probabilidade, e não a verdade em *sensu proprio*. A verosimilhança corresponde, assim, a probabilidade, e estes sinónimos são pacíficos na doutrina (1593). De qualquer modo, rejeita o conceito restrito de verosimilhança, uma vez que a sua aceitação traduz para o juiz a possibilidade de este formar a sua convicção segundo *a relevatio ab onere probandi*, sendo que tal possibilidade desemboca em considerar como existentes os factos prescindindo totalmente da prova deles. E há de facto um sector da doutrina italiana que dá relevância autónoma à verosimilhança, como vimos (1594). Contudo, esta opinião da doutrina, que tendo partido deste conceito de verosimilhança, entende que na tutela cautelar o juiz pode adoptar uma providência cautelar tendo por suporte apenas a verosimilhança dos factos alegados, não é partilhada por LOMBARDO, uma vez que esta opinião contrasta com o direito positivo, que dispõe que o juiz não deve contentar-se com a verosimilhança dos factos alegados e deve recolher a sua confirmação no plano probatório, já que, excepcionando o caso em que o requerente juntou prova suficiente (artigo 669-*sexies* do c.p.c.), o juiz tem de ordenar a realização de «actos de instrução indispensáveis» ou de realizar «sommario informazione». Mas mais: para o autor esta opinião é inconcebível porque contrária à regra do ónus da prova, prevista no artigo 2697 c.c. italiano, que se aplica plenamente no processo cautelar, já que se o critério de formação do juízo de verosimilhança das afirmações de facto fosse aplicado conduziria exactamente à desaplicação daquela regra — o que não é o caso (1595). Quem requer a adopção da providência tem de demonstrar que os pressupostos de decretamento previstos na lei se verificam, caso contrário a providência deverá ser negada.

Em contas simples, podemos apurar que para este autor o modelo consagrado no artigo 669-*sexies* não consente ao juiz o decretamento de uma providência tendo por base apenas a valoração das afirmações de facto do

(1593) Sobre este assunto, vd. o nosso «Verdade e verosimilhança...», cit., pp. 634, 639 e 652.

(1594) Como apurámos, F. TOMMASEO (*I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 170 ss.) traçou uma distinção entre tutela sumária cautelar e tutela sumária não cautelar a partir do plano da «qualidade» do «accertamento». Sobre o acolhimento deste conceito na doutrina espanhola, vd. D. BLANQUER, *La prueba...*, cit., p. 444.

(1595) Neste sentido, TARUFFO (*La prova dei fatti giuridici ...*, cit., p. 486) refere que: «se, in fatti (...) la parte non deve provare il fatto ma solo mostrar la ricorrenza di una fattispecie tipica, no si è sul terreno della prova (neppure su quello di una prova inferiore o debole), ma su quello della mera allegazione di un fatto che risulta qualificabile come corrispondente alla normatilità o alla tipicità dello schema ricorrente nell'*id quod plerumque accidit* relativo a quel settore d'esperienza».

requerente, sendo que este preceito determina-o a adquirir a prova necessária à verificação da subsistência dos pressupostos da providência. De qualquer modo, não havendo lugar para qualquer juízo menor, o tribunal pode conceder a providência requerida somente quando é formada a prova plena da existência dos pressupostos (*fumus boni iuris e periculum in mora*) exigidos na lei (1596). De resto, como afirma LOMBARDO, entender que a cognição do processo cautelar é um *quid minus* em relação àquela que se realiza no processo ordinário ou entender que o nível de *accertamento* é menor naquele processo do que no dito ordinário é confundir a verosimilhança com a probabilidade. E, como justificou, o conceito de verosimilhança em sentido restrito não tem consagração legal.

E LOMBARDO procurou justificar em que termos o juízo cautelar é um juízo pleno. E assim, mesmo aceitando que o *accertamento* realizado pelo juiz em relação a cada um dos pressupostos do decretamento das providências cautelares tenha diferentes efeitos, já que o que é realizado sobre o *periculum in mora* tem carácter definitivo e o que abrange o *fumus boni iuris* tem carácter provisório, o autor entende que esse *accertamento* tem igual qualidade, já que é uma consideração conforme com a regra da formação do juízo prevista no artigo 2697 do c.c. (princípio do ónus da prova, que é «princípio lógico elementar do processo», segundo o qual ninguém pode afirmar a existência de um facto se dele não há prova suficiente) (1597). Enfim, todos os argumentos que levam a afirmar que a cognição cautelar tende a formar, de um ou de outro modo, um juízo de menor intensidade, um *quid minus* em contraste com o processo ordinário, quer se baseiem na existência da prova *prima facie*, quer da prova «semiplena» são afastados por LOMBARDO (1598).

(1596) Neste sentido, L. LOMBARDO («Natura e caratteri...», cit., pp. 498) afirma: «In sostanza, il giudice può concedere il provvedimento richiesto soltanto quando è stata acquisita la prova piena dell'esistenza dei presupposti (*fumus boni iuris e periculum in mora*) richiesti dalla legge». No mesmo sentido, vd. A. PROTO PISANI, «Procedimenti cautelari...», cit., p. 19; A. CARATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 240 ss. e 308 ss.

(1597) Aliás, é até bastante corrente na doutrina distinguir-se o nível de «accertamento» quanto aos dois pressupostos, sendo que para CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 63 ss.) se deveria ser mais exigente no momento da apreciação do pressuposto do *periculum in mora*, já que este não seria reapreciado no juízo de mérito, devendo ser analisado em termos plenos e de forma a que o juiz ficasse convencido da certeza quanto à sua existência. Já a análise do segundo pressuposto, o do *fumus boni iuris*, deveria resumir-se à mera probabilidade da existência do direito ameaçado, uma vez que o processo cautelar é instrumental e provisório perante o de mérito, sendo que é no âmbito deste que deve ser comprovada a existência do direito ameaçado.

(1598) Há quem defenda a prova do primeiro tipo, como ZUMPANO («Sequestro conservativo e giudiziario», Enc. dir., XLII, Milano, 1990, p. 116). Contudo, LOMBARDO afasta igualmente da cognição do processo cautelar a possibilidade de o juiz formar a sua convicção com base em

Em abono da verdade, a afirmação de que a cognição cautelar tende a formar, de um ou de outro modo, um juízo de menor intensidade, um *quid minus* em contraste com o processo ordinário, é errada. E errado é contrapor a cognição sumária à cognição plena sem perceber que a diferença essencial reside na natureza do *thema probandum* próprio do processo cautelar: este é caracterizado pelo facto de o seu objecto corresponder a um objecto de mera probabilidade. Ao contrário do processo de cognição ordinário, que visa comprovar a existência das circunstâncias factuais que constituem o seu *thema probandum*, no processo cautelar o *thema probandum* é um tema de probabilidade, não sendo necessária a prova da existência do direito a proteger, nem é necessária a certeza do dano a evitar. E isto faz toda a diferença para LOMBARDO: «*poiché questo carattere di probabilità attiene al thema probandum, sta cioè a monte dell'istruzione probatoria, non è metodologicamente corretto trasferirlo a valle della istruzione, trasferirlo a cioè al giudizio di fatto e al convincimento del giudice*».

3.4.2. Chegados aqui, cumpre agora apresentar uma especificidade da sumariedade cautelar. Considera LOMBARDO que a especial urgência pode exigir derrogações aos princípios de prova, o que acontece no § 2 do artigo 669-*sexies*. Neste caso, o legislador veio consagrar um «processo sumário de cognição sumária». E isto porque neste regime está consagrada uma excepção à regra acolhida no primeiro parágrafo: «o juiz decide sobre o pedido cautelar, prescindindo do contraditório, depois de realizada, se necessário, uma sumária informação («*sommario informazioni*»). Ora, o procedimento previsto, por razões de especial urgência, é o procedimento cautelar *inaudita altera parte*, sendo certo que repudia qualquer formalidade não essencial. É regido

prova prima facie, que é considerada por alguns como suficiente para que o juiz decrete a providência cautelar. Neste tipo de prova, ou «*Anscheinbeweis*», o juiz forma a sua convicção não com base em prova ou em indícios, mas de acordo com as meras máximas de experiência. Assim, quando é possível qualificar o *factum probandum* segundo esta categoria (e tal é possível), isso pressupõe que se considera que este facto entra na «normalidade», no *id quod plerumque accidit*, sendo que, se por determinadas razões é impossível ao autor provar o facto invocado, o juiz pode considerar *prima facie* a existência desse facto, sendo assim a prova de tal facto realizada em termos da *simples máximas da experiência*, ficando a prova da inexistência desse facto à espera da prova do contrário. De qualquer modo, a convicção do juiz formou-se *prima facie*. E LOMBARDO nega esta possibilidade não só porque este instrumento de formação da convicção do juiz é quase unanimemente negado no panorama italiano, mas principalmente porque este tem pouco a ver com a prova *in senso proprio* e tem mais a ver com a verosimilhança e esta é definitivamente afastada pelo autor do processo cautelar, também como vimos em notas anteriores. Quanto à prova do segundo tipo, que confere à hipótese factual um certo grau de confirmação, mas tal grau não é suficiente para que o juiz se convença da existência ou da inexistência do facto a provar, também LOMBARDO a afasta do processo instrutório cautelar.

pelo princípio da liberdade da forma e trata-se de um procedimento sumário, já que os trâmites procedimentais, incluindo as formas e os termos do desenrolar do procedimento, dependem da escolha discricionária do juiz. E, quanto à cognição realizada neste procedimento cautelar *inaudita altera parte*, ela é uma cognição sumária. Vejamos porquê: desde logo, porque comparado com o modelo previsto no primeiro parágrafo (*actor, reus et iudex*), o contraditório deste segundo modelo sofre limitações: perde a sua fisionomia tríada, e nessa perspectiva é, desde logo, parcial, pois as alegações factuais da contraparte (factos impeditivos, modificativos ou extintivos que poderão ser opostos) ficam de fora da cognição do juiz cautelar — daí que TARUFFO chame a este procedimento «procedimento de cognição unilateral» (1599). A particular configuração do contraditório reflecte-se na própria estrutura da instrução probatória, determinando a sumariedade da cognição, falando o autor, a este propósito, de cognição sumária parcial (1600). Mas a cognição deste especial procedimento cautelar (*inaudita altera parte*) não é somente sumária porque os factos a provar sejam em extensão mais reduzida (quantidade da cognição factual). Ela é também sumária porque «aquela parte dos *facta alligata* que o juiz deve considerar é *accertata in modo incompleto*, sendo que a redução incide também na extensão das fontes de prova e logo na intensidade ou profundidade de tal *accertamento* (e logo na sua qualidade), falando o autor, agora, de cognição sumária superficial (1601).

A cognição sumária resulta do direito positivo, quando dispõe que o juiz deve realizar se necessário *informações sumárias* («sommariie informazione»), sendo que, deste modo, viga neste modelo o princípio do inquisitório, em detrimento do princípio do dispositivo, na modalidade de princípio da disponibilidade privada no que se refere à prova dos factos alegados, previstos no artigo 115 (c.p.c.). Está consagrado, neste caso, «um poder-dever» de o juiz ordenar, se necessário, a realização de *informações sumárias*, de modo a introduzir no processo as fontes de prova já apontadas como existentes, vulgarmente a prova documental já produzida, e os meios de prova a produzir indicados. Trata-se de um poder de iniciativa probatória de natureza oficiosa, que o juiz deve exercer se preenchidos dois pressupostos: «existir uma fonte de prova idónea» e «existir uma lacuna instrutória». Desta exposição, podemos concluir que, para LOMBARDO, o princípio do inquisitório e a ausência de pleno contraditório, que caracterizam o procedimento *inaudita altera parte*, fazem dele um procedimento de cognição sumária, no âmbito do qual

(1599) M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici...*, cit., p. 471.

(1600) Neste sentido, L. LOMBARDO, «Natura e caratteri...», cit., p. 505.

(1601) Neste sentido, L. LOMBARDO, «Natura e caratteri...», cit., p. 506.

a cognição é amplamente diversa e mais superficial do que aquela ordinária ⁽¹⁶⁰²⁾.

§ 2. LE SEUIL D'ÉVIDENCE DO RÉFÉRÉ FRANCÊS E A GLAUBHAFTMACHUNG ALEMÃ: A PROVA SUMÁRIA

Razão de ordem: 0. Introdução. **1.** O conceito de sumariedade de matriz francesa. **2.** O conceito de sumariedade de matriz alemã. **3.** Pontos de encontro

0. Introdução

A urgência e a sumariedade encontram no sistema francês o casamento quase perfeito — mais uma vez o dizemos. De facto, para servir a urgência, o panorama legal francês não só atribui a certos magistrados («*le juge des référés*») uma competência especial em matéria de urgência como prevê a existência de processos especiais de natureza sumária, *id est*, processos com tramitação simplificada, rápida e informal, contemplando, no seu conjunto, um verdadeiro serviço judicial de urgência. E, na verdade, numa lógica de despistagem de casos com intensidades de urgência distintos, o serviço judicial oferece distintas modalidades de resposta à urgência. A «*procédure sur requête*», que concretiza um género de «contencioso invertido», e a «*procédure de référé*», um processo que pode concretizar um género de contencioso com contraditório

⁽¹⁶⁰²⁾ Neste sentido, L. LOMBARDO («*Natura e caratteri...*», cit., p. 510) considera que, no procedimento *inaudita altera parte*, o poder de iniciativa do juiz configura um aspecto especial: por um lado, é este o único poder de iniciativa probatório previsto, na medida em que o princípio do inquisitório se sobrepõe ao princípio da disponibilidade das partes em relação à prova, e, por outro lado, o poder oficioso deve ser exercido não para ordenar qualquer tipo de prova prevista no processo ordinário de cognição, mas é exercido para produzir «*sommarie informazioni*», sendo que estas só podem ser neste procedimento requeridas. Ora, o que são as informações sumárias, «*não é fácil de estabelecer*». Contudo, este autor entende que estas poderão consistir em meios de prova, designadamente, em recolha de informação, sem que sejam seguidos os termos e formas normais, de tal modo que o juiz tem liberdade para determinar a sua oportunidade e meios de concretização, sem que seja garantido qualquer contraditório entre as partes. Tem de específico o facto de depender da iniciativa oficiosa do juiz e sem que observe as regras típicas do funcionamento e das garantias do contraditório. Neste sentido, as informações sumárias serão um tipo ou meio de prova «*deformalizzato*», ainda que devam integrar *processualmente* o iter de aquisição de elementos de prova, que o juiz pode ordenar oficiosamente, a partir de terceiros ou por meio de terceiros, de modo a adquirir os elementos em sua posse necessários ao conhecimento dos factos que constituem o *thema probandum*, podendo consistir na audição de terceiros, na exibição de documentos, na inspecção de locais, na busca de informação junto de forças policiais ou da Administração Pública.

diminuído ou muito diminuído, constituem algumas das modalidades de processos sumários. Em especial, a «procédure de référé» é assumida no panorama legislativo francês como um género de categoria processual simplificado e pouco formalizado, que alguns apelidam de «verdadeira jurisdição» sumária, uma vez que é uma categoria onde se admite derrogações pontuais aos princípios gerais do processo e onde se permite uma redução do formalismo e das garantias das partes. É, de resto, por causa da urgência que o juiz do *référé* tem sido apelidado de «guardião dos direitos aparentes» ⁽¹⁶⁰³⁾ (1.).

E a articulação entre a sumariedade e a urgência é particularmente bem conseguida no sistema alemão. Aliás, no contexto do regime previsto na lei processual civil (ZPO), o tipo de processo que desemboca no decretamento de tutela jurisdicional urgente e provisória — *einstweilige Rechtsschutz* — é considerado um processo urgente («Eilverfahren»), sendo que as suas características decorrem exactamente da sumariedade procedimental de que aquele tipo beneficia e da sumariedade cognitiva que no seu âmbito se realiza. Tais processos são classificados como processos sumários («summarische Verfahren») ⁽¹⁶⁰⁴⁾. Assim, por exemplo, escapando (pelo menos num primeiro momento) à aplicação do princípio do contraditório e de outros princípios que se aplicam ao processo dito ordinário, tais como os referentes à repartição do ónus (de alegação e) da prova, este tipo de processo beneficia da sumariedade procedimental, sendo que esta se manifesta de diversas outras formas, a saber: pelo seu carácter acelerado e simplificado, por exemplo, que decorre designadamente da tramitação simplificada e acelerada, flexível e passível de abreviação em função dos níveis da urgência, pela previsão de prazos curtos para realização de actos processuais e para a realização da audiência contraditória, pela possibilidade de dispensa de realização da audiência contraditória, pela previsão do processo de execução acelerada e pela possibilidade de aplicação da *Glaubhaftmachung*, nos termos do § 294 da *Zivilprozeßordnung* ⁽¹⁶⁰⁵⁾.

Neste sentido, e por causa da *Glaubhaftmachung*, enquanto modalidade especial de demonstração da credibilidade dos factos, este tipo de processo

⁽¹⁶⁰³⁾ A este propósito, vd. R. MARTIN, «Le référé, théâtre d'apparence...», cit., pp. 168 ss.; M. C. RONDEAU-RIVIER, «L'évidence...», cit., pp. 355 ss.

⁽¹⁶⁰⁴⁾ Neste sentido, W. GRUNSKY, «Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes», JuS, 1976, p. 277.

⁽¹⁶⁰⁵⁾ Sobre este assunto, vd. G. A. ULRICH, «Die Beweislast in Verfahren des Arrestes und der einstweiligen Verfügung», GRUR, 1985, 3, pp. 201 a 211; H. SCHÄFER, «Über die Zurückweisung des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch Beschluß», MDR, 12, 1986, pp. 979 a 981; H.-G. BORCK, «Das rechtliche Gehör im Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung», MDR, 11, 1988, pp. 908 a 915.

urgente beneficia também da sumariedade em termos de cognição. Com efeito, porque esta especial modalidade de prova permite alcançar uma simplificação, simplificação acompanhada de flexibilidade e liberdade de conformação, e uma aceleração quer quanto à demonstração dos factos, assumindo, aqui, as declarações sob juramento um papel especial, quer quanto ao grau de intensidade da prova, que neste caso se exige para considerar credíveis os factos alegados, a *Glaubhaftmachung* traduz uma das mais significativas especificidades dos processos urgentes previstos no panorama legislativo alemão, *maxime* no § 916, para o *Arrest*, e no § 935 para o decretamento das *einstweilige Verfügungen*. Exigindo, pois, um grau inferior de convicção quanto à factualidade, a *Glaubhaftmachung* combina na perfeição com o carácter urgente do processo e com o carácter sumário (provisório) daquele tipo de decisões ⁽¹⁶⁰⁶⁾ (2.). Há, pois, pontos de encontro que cumpre enumerar. A possibilidade de o juiz da urgência poder decidir tendo por base a probabilidade preponderante — o que significa que se formou no seu espírito a convicção de que há mais razão a favor da verdade dos factos do que em sentido contrário — traduz um traço marcante da cognição urgente ou cognição sumária (3.).

1. O conceito de sumariedade de matriz francesa

Cumpre começar por esclarecer que em França existe uma significativa diversidade de processos acelerados. E, assim, para além daquelas modalidades a que estamos a dar atenção — que constituem, sem dúvida alguma, os processos sumários previstos para tutelar a urgência *tout court* — e para além, também, de outros instrumentos de aceleração, qual seja a *passerelle* (prevista no artigo 811 do NCPC), o código de processo civil francês integra ainda outros processos sumários especiais, que ESTOUP designa de *procédures rapides*, que, não obstante não pressuporem uma situação de urgência *tout court*, proporcionam uma solução relativamente célere para determinados conflitos. Estes processos são denominados por «*procédures à jour fixe ou abrégées*» e por «*procédure d'injonction de payer et de faire*». Ao contrário dos que

⁽¹⁶⁰⁶⁾ Como afirma M. HUBER (in: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Herausgegeben von H.-J. MUSIELAK, 3. neubearbeitete Auflage, München, 2002, em anotação ao § 294 da ZPO, ns. ms. 3 a 5, pp. 757 e 758), ao contrário da regra prevista no § 286, onde «die Vorschrift enthält nach ihrem Zweck eine Abweichung vom Regelbeweismaß der vollen Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsache», a propósito da *Glaubhaftmachung* fala-se normalmente de «einem geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit» ou «einem gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit». Assim, «eine genaue Begriffsbestimmung zu der Beweismaßreduzierung ergibt, dass es sich um eine überwiegende Wahrscheinlichkeit handeln muss», sendo que no contexto do § 920, II, «Das Gericht beurteilt in freier Beweiswürdigung, ob dieses Beweismaß erreicht ist».

visam tratar a urgência *tout court*, estes são processos principais («au fond») e constituem, respectivamente, variações do processo ordinário perante o TGI e a *Cour d'Appel*, traduzindo-se em processos especiais simplificados para obter o pagamento de uma pequena quantia ou o cumprimento de uma prestação. Através deles, é possível obter uma decisão definitiva, tanto quanto possível em tempo rápido, tendo para o efeito sido realizado um procedimento instrutório relativamente simplificado⁽¹⁶⁰⁷⁾. Neste contexto, cumpre sintetizar que, não obstante os processos referenciados em último lugar também constituírem processos acelerados e simplificados, se comparados com o processo dito ordinário, ainda assim, a articulação entre a urgência e a sumariedade é muito mais evidente e muito mais intensa nas «procédures des référés» e na «procédure sur requête». Como já apontámos, no que respeita à economia de tempo para emissão de uma decisão judicial, o *référé* contém um conjunto de qualidades apetecíveis: esta modalidade configura uma forma de decidir especial, uma vez que tem tramitação rápida e variável e o procedimento é simplificado e informal, podendo ser atenuada a realização de certos princípios relativos à prova. Compreende-se, por isso, que constitua uma via de atracção para o qual se encaminham os casos não só urgentes como os litígios mais simples, os litígios cujas questões, por serem pouco complexas, dispensam o processo demorado e caro, que é normalmente o processo de fundo (1.1.).

E, se dantes, no contexto do contencioso clássico, era usual falar-se de aparença dos factos, já no quadro do contencioso moderno assiste-se, pelo contrário, a uma nova metodologia de trabalho, sendo que o *juge du référé* intensifica tanto a análise da factualidade como da *quaestio juris*, atingindo a questão subjacente à causa principal⁽¹⁶⁰⁸⁾. Com feito, se em relação às medi-

⁽¹⁶⁰⁷⁾ A este propósito, P. ESTOUP (*La pratique des procédures rapides...*, cit., p. 3) escreve o seguinte: «Dans tout ces cas, le droit MODERNE a banalisé et généralisé des procédures anciennes, en leur donnant une réglementation et une ampleur qui trouvent à l'origine de leur succès et expliquent la fréquence de leur utilisation. Indépendamment de ces procédures rapides qui autorisent l'obtention, dant des conditions de célérité et d'efficacité maximales, soit d'une mesure provisoire (c'est le cas des procédures de référé et de la procédure de l'ordonnance sur requête, soit d'une décision au fond dans les obligations de sommes d'argent ou de faire (c'est de cas des procédures d'injonction), le droit MODERNE offre aux plaideurs des procédures particulières, applicables à tous les contentieux, leur permettant d'obtenir du tribunal de grande instance ou de la cour d'appel, à bref délai et moyennant une instruction sommaire, une décision sur le fond revêtue de l'autorité de la chose jugée. On peut citer par exemple les procédures à jour fixe et les procédures abrégées».

⁽¹⁶⁰⁸⁾ R. MARTIN («Le référé, théâtre d'apparence...», cit., pp. 159 e 160) é bastante crítico quanto a este aspecto. Na verdade, a propósito do *référé* tradicional, o autor escreve o seguinte: “L'apparence est une “présentation”, en tant qu'elle est considérée comme différente de l'objet réel correspondant. La présentation est entendue comme tout ce qui se présente à l'esprit, comme objet de connaissance. Le sens commun ajoute que cette présentation est probable

das conservatórias e preparatórias, a análise dos pressupostos da existência de uma «questão litigiosa séria», que justifique a actuação do juiz de *référé*, não incentiva ao aprofundamento do seu exame sobre a questão jurídica a tratar na causa principal, já em relação às medidas antecipatórias, que são requeridas para obstar a uma situação manifestamente ilícita e contrária ao direito, o juiz tem tendência a esgotar a análise da questão jurídica, uma vez que o pressuposto mais importante a analisar se traduz em «l'absence de contestation sérieuse»⁽¹⁶⁰⁹⁾, o mesmo acontecendo na antecipação de uma provisão («*référé-provision*») e na intimação para actuação ou abstenção de uma conduta («*référé-injonction*»), já que nestes casos a decisão depende da «não existência de dúvidas sérias» opostas pela demandado à existência do direito alegado pelo demandante (1.2.).

1.1. Reforçando a ideia apresentada em primeiro lugar, cumpre notar que o mecanismo de contencioso invertido desemboca na emissão de «*ordonnances sur requête*», sendo que, nos termos do artigo 493 do NCPC, estas são decisões provisórias decretadas sem contraditoriedade e que, nos termos do artigo 812 do NCPC, se revelam adequadas para atender a situações de extrema urgência, cabendo, neste caso, ao Presidente do TGI decretá-las⁽¹⁶¹⁰⁾. Já o processo de *référé* é apto a resultar na emissão de uma

ou vraisemblable. La présentation n'est pas l'objet, le référé n'est pas le fond, là esta la différence; mais encore le présentation doit avoir une certaine dose de certitude qui s'appelle probabilité, ou de vérité qui s'appelle vraisemblance». E, a propósito da evolução do *référé*, que foi desembocando na antecipação do juízo de fundo, escreve o autor o seguinte: «Le rapport urgence-apparence a été désarticulé, ce qui a renversé le mode de fonctionnement de la notion d'apparence. Le nouvel état est-t-il en progrès sur l'ancien? Sur le plan de la qualité intrinsèque de la technique juridique, certainement pas. L'urgence, le péril dans lequel est placé un droit que ne pourrait réparer adéquatement une condamnation future, peut seul justifier que le juge prenne des mesures d'opportunité avant d'avoir dit de droit. Lui permettre de prendre ces mesures sur la seule appréciation de l'apparence du jugement futur, c'est renverser le cours des choses, c'est faire prévaloir la "présentation" sur le objet réel, c'est transformer la justice en théâtre d'apparences. L'apparence du droit se réfère à une apparence du fait: car le juge des référés se décide à partir d'une allégation succincte et d'une preuve imparfaite. Il n'est pas besoin de rappeler que la procédure est orale, le débat plus succinct encore que rapide. Apparence sur apparence, droit probable d'un théâtre d'ombres. Alors pourquoi cette marche à rebours? Le motif en est évident, sinon avouable. Le réformateur, n'a pas cherché à perfectionner la technique du référé, il l'a utilisé pour essayer de pallier l'engourdissement de l'appareil».

⁽¹⁶⁰⁹⁾ A este propósito, vd. J. NORMAND, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 81 e 82.

⁽¹⁶¹⁰⁾ Com efeito, nos termos do artigo 493 do NCPC, esta decisão é definida como «*Une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse*». E o artigo 812 dispõe que o Presidente do TGI: «*peut ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent le pouvoir qu'elles ne soient pas prises contradictoirement*».

decisão provisória que é precedida de contraditório, se bem que nem sempre pleno. Na verdade, a urgência e a sumariedade procedimental apresentam uma relação muito próxima com a diminuição do contraditório ou com a ausência de todo dele. Com efeito, no sistema francês, coexistem dois tipos de processos simplificados relacionados com a urgência, um deles que respeita o princípio do contraditório («une procédure contradictoire») e que traduz o modo normal de actuação sumária, a *procédure des référés*, como se percebeu das considerações anteriores, e o outro que decorre sem que o contraditório aconteça num primeiro momento: a «procédure des ordonnances sur requête», que é uma «procédure unilatérale» e que responde ao «fenómeno do contencioso invertido»: decide-se de imediato e discute-se depois, pelo menos se o destinatário da medida ainda entender que há algo para discutir.

Claro está que, ao contrário do *référé*, a *procédure sur requête* derroga totalmente, pelo menos num primeiro momento, o princípio do contraditório, devendo ter, por isso, um campo limitado de actuação. A derrogação não é, contudo, senão temporária. De qualquer modo, esta via unilateral de provocar uma decisão provisória pode ser accionada para obter o decretamento de todas as medidas urgentes sempre que as circunstâncias exigem que a medida seja tomada sem que o contraditório se realize. E assim acontece sempre que o efeito surpresa se torna indispensável para garantir a eficácia da medida. As *ordonnances sur requête* são executórias «sur minute», isto é, através da simples apresentação da decisão do tribunal e sem que haja notificação prévia («sans notifications préalable») à pessoa contra a qual se desencadeia a execução. Apenas é deixada ao executado uma cópia do requerimento inicial e da decisão provisória do juiz. Nesta circunstância, o executado pode solicitar ao juiz que ordenou a medida a revogação ou a modificação da decisão, dando início ao procedimento contraditório, nos termos do artigo 486 do NCPC, requerendo a citação do executante. Cumpre depois ao juiz decidir, sendo que não o faz a título de juiz de fundo.

Quanto ao processo sumário contraditório, ou de *référé*, este é um processo contencioso onde se realiza, claro está, o princípio do contraditório, uma vez que os princípios basilares do processo civil, previstos nos primeiros vinte e quatro artigos do NCPC, devem ser aplicados ao *référé*, já que aqueles se aplicam a todas as jurisdições. É neste sentido que se entende que o citado ou intimado (sob a forma de «assignation»), para, em data e hora determinadas, comparecer em audiência, deva ter direito a preparar convenientemente a sua defesa perante o juiz. De facto, não obstante este processo ter como características gerais permitir às partes obter rapidamente, e de acordo com um formalismo reduzido ao mínimo indispensável, a solução provisória para o

litígio ⁽¹⁶¹¹⁾, o *juge de référé* deve respeitar nos mesmos termos que o *juge du fond* o princípio previsto no artigo 16 do NCPC, de tal modo que nenhum pedido, nenhuma peça processual e prova serão realizados e produzidos sem deles se dar conhecimento à parte contrária, para que esta os possa contestar.

O pedido será apresentado em tribunal que existe para este efeito em dias e horas pré-estabelecidos para *référé* (artigo 485.º). A audiência pode ser marcada para data a escolher a pedido do demandante ou de acordo com o serviço do tribunal. De qualquer modo, não existindo um prazo *minimum* legal entre a autorização da citação e a vinda do caso a audiência, deve ser dado tempo suficiente ao intimado para preparar a sua defesa, podendo o juiz ter em conta a urgência invocada pelo requerente. Claro está que em caso de extrema urgência, o juiz do *référé* pode, a requerimento de parte («par voie de requête») intimar para hora indicada («*référé d'heure a heure*»), mesmo em tempo de férias e dias de descanso («*chômés*»). Mesmo nestes casos, o juiz deve certificar-se que o intimado teve tempo para preparar a sua defesa, devendo o juiz estabelecer tal prazo em função da urgência da situação e do tipo de medidas urgentes solicitadas ⁽¹⁶¹²⁾. Qualquer que seja a jurisdição, as partes são convocadas a apresentarem-se pessoalmente em audiência, a qual decorre oralmente. O juiz tem a faculdade de reenviar a questão para um tribunal colegial, fixando uma data (nos termos do artigo 487 do NCPC), e tem a possibilidade de decidir de imediato, bem como também tem a possibilidade de ordenar medidas de instrução probatória que considere necessárias, fixando a data para audiência posterior. Antes de tomar a sua decisão, o juiz pode, na realidade, como qualquer outro, ordenar todas as medidas de instrução legalmente admissíveis, nos termos do artigo 10 do NCPC. E, segundo alguns autores, pode, assim, ordenar a comparência pessoal das partes («*comparution personnelle des parties*»), ordenar peritagens e verificações. O tipo de provas de que pode lançar mão o juiz de *référé* não é, no entanto, algo pacífico.

Existe, na verdade, uma relação complexa entre o juiz de *référé* e a prova. É claro que como qualquer outro juiz, o *juge du référé* deve procurar esclarecer-se quanto possível sobre a veracidade dos factos alegados que dizem respeito ao litígio que ele deve provisoriamente resolver. A título de princípio, o juiz de *référé* pode ordenar, officiosamente ou a pedido de parte, todas as medidas de instrução legalmente admissíveis, nos termos dos artigos 10

⁽¹⁶¹¹⁾ A este propósito, vd. A. LACABARATS, «La procédure devant les juges des référés» (pp. 601 ss.), in: *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de S. GUINCHARD, Paris, 2002.

⁽¹⁶¹²⁾ No domínio dos conflitos relativos aos *mass media*, tem-se entendido que o jornalista acusado de difamação deve ter dez dias para recolha da prova da veracidade das suas afirmações. Neste sentido, J. VINCENT/S. GUINCHARD, *Procédure civile...*, cit., p. 610.

e 153 do NCPC. Assim, pode ordenar que o oficial de diligências lavre certidão a fim que seja verificado se existe um esbulho manifestamente ilícito («constat d’huissier»), ou que seja realizada uma perícia previamente ao decretamento de uma provisão. Não se duvida, contudo, que no processo de *référé* a instrução probatória se realiza normalmente em audiência, tendo por suporte os meios de prova apresentados pelas partes. Contudo, já quanto à admissibilidade de certos meios de prova, são diversas as dúvidas que decorrem do facto de o processo de *référé* desembocar numa decisão provisória. E, assim, discute-se, designadamente, se o *juge du provisoire* pode ordenar o depoimento de parte («la comparution personnelle des parties»), uma vez que esta medida instrutória conduz à obtenção da confissão («aveu»). Ora, é opinião corrente que, como a decisão de *référé* é provisória, ela se mostra de todo incompatível com o carácter irrevogável da confissão, bem como também se entende que a confissão se mostra incompatível com a natureza do processo que desemboca numa decisão que é desprovida de autoridade de caso julgado perante a causa principal. Se o juiz da causa principal pode não retirar qualquer efeito da apreciação que o juiz do *référé* fez do silêncio da parte, ou das suas declarações confusas, também não deixa de ser questionável que se aceite que a parte venha desmentir no processo principal aquilo que confessou de forma expressa e não equívoca no processo de *référé*. Neste contexto, NORMAND considera que não é pelo facto de a decisão ter carácter provisório que não se pode considerar a confissão irrevogável. Ela é irrevogável porque quem afirma contra si um facto não deve poder desmenti-lo, mesmo se for no processo principal. A jurisprudência clássica também se mostra reticente a aceitar que em *référé* se emitam declarações sob juramento («serment décisoire»), uma vez que estas podem atingir o diferendo existente entre as partes e, por isso, podem conformar o mérito da causa, demonstrando ser incompatíveis com a natureza provisória da decisão que é decretada em *référé*.

No contencioso administrativo francês a doutrina aceita mais facilmente que, por razões de urgência, entendida esta tanto em sentido amplo como restrito, a lei processual inclua limitações à contraditoriedade da instância. Com efeito, a doutrina tem aceite que o atendimento prioritário e privilegiado da urgência combina bem com limitações do quadro da temporalidade dos processos e das formalidades da instância, sendo certo que, neste último contexto da simplificação, a urgência tanto impõe a atenuação do carácter contraditório da instrução como, em certas situações, impõe uma total supressão da contraditoriedade (¹⁶¹³). Assim, a limitação atinge quer o grau (ou inten-

(¹⁶¹³) Com efeito, O. DUGRIP (*L’urgence...*, cit., p. 92) escreve o seguinte: «L’assouplissement du formalisme à ce stade peut prendre de forme d’un allègement du débat contradictoire

sidade) da contraditoriedade, sendo que a limitação pode traduzir-se numa atenuação como numa supressão total do contraditório, quer a duração do contraditório, uma vez que há normalmente aceleração da instrução. Claro está que aquela primeira forma é excepcional, visto que põe em causa um dos princípios basilares do processo (1614). Como escreve DUGRIP, a urgência autoriza o juiz a limitar não somente a duração do contraditório, mas também o autoriza a limitar, naquilo que é o seu conteúdo, a sua intensidade, sendo que o carácter extremo da urgência e a existência de prazos muito breves para decidir justificam que o contraditório possa não só ser atenuado como excepcionalmente suprimido, existindo discricionariedade do juiz na concretização do mesmo (1615).

entre les parties et d'une modification dans les méthodes de travail de la juridiction. (...). Afin de statuer d'urgence le juge peut porter atteinte au droit des parties de présenter des observations. Très exceptionnellement l'urgence peut affecter le contenu même de celles-ci. (...)». E o autor aponta (a p. 94) o exemplo previsto na lei em que «le juge administratif peut réduire la durée de l'instance en jugeant sans instruction, sans même être tenu d'en informer le requérant». A par destas situações, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., pp. 158 a 169) também nos dá conta da forma como a urgência em sentido restrito pode, no contexto das «procédures d'urgence», traduzir tanto uma limitação do grau da contraditoriedade (incluindo supressão total) como de redução da duração do contraditório.

(1614) Com efeito, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., p. 159) escreve o seguinte: “Même limitée dans sa portée, la phase écrite de l'instruction reste en principe contradictoire. La contradiction n'est supprimée que si l'urgence est telle qu'elle impose une décision presque immédiate. (...). En raison de l'atteinte portée au principe générale du caractère contradictoire de l'instruction, cette situation se rencontre seulement lorsque le juge ne dispose que de quelques jours pour statuer soit en vertu des dispositions textuelles, soit en raison de la précarité de la situation objet du litige». E o autor dá como exemplo, o processo de suspensão da eficácia instituído pela Lei de 2 de Março de 1982, que permite ao presidente do tribunal competente suspender, em 48 horas, a eficácia de actos das entidades locais que impeçam o exercício de liberdades públicas. E o mesmo acontece em matéria do processo de verificação de situações de facto («constat d'urgence»). Como escreve o autor: «en matière de constat d'urgence, l'atteinte portée au principe général du caractère contradictoire de l'instruction est traditionnelle. Dans le cadre de cette procédure, l'urgence l'emporte entièrement sur le principe de la contradiction».

(1615) Com efeito, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., pp. 161, 162 e 163) escreve o seguinte: «l'urgence autorise le juge à limiter non seulement la durée, mais aussi la portée de la contradiction» (...). Le caractère contradictoire de l'instruction est-t-il réduit à sa “forme la plus élémentaire». L'urgence de la procédure de référé limite aussi la portée de la contradiction en excluant un échange prolongé des mémoires en vue de l'instruction. Le juge n'a à communiquer au demandeur ni les observations en défense, ni les mémoires en intervention des tiers mis en cause. (...). Aussi le juge du référé n'a-t-il pas l'obligation de convoquer les parties à l'audience ni de les entendre: il est toujours libre d'apprécier s'il y a lieu de procéder à ces formalités. En fonction de l'urgence de son intervention, le juge du référé pourra statuer avec ou sans débat, préservant de la sorte les droits du demandeur. La décision qu'il prend sur ce point est discrétionnaire».

1.2. A cognição sumária resulta ainda da forma como o tribunal examina a factualidade alegada e principalmente quando julga provisoriamente a *quæstio iuris*, tendo em conta que os pressupostos de que normalmente depende o decretamento das decisões provisórias em *référé* podem incentivar a proceder ao julgamento definitivo daquela questão jurídica. Neste sentido, para além da urgência *tout court*, o regime do processo civil exige a demonstração de uma situação jurídica aparentemente favorável a quem solicita a medida urgente, por o demandado não invocar argumentos jurídicos suficientemente fortes para anular (ou abalar) as razões invocadas pelo demandante. O panorama legislativo francês contém, todavia, especificidades quanto à forma como concretiza a intensidade da demonstração do direito do requerente tendo em conta as diferentes funções da decisão de urgência. Assim, como a decisão proferida em processo de *référé* pode ter uma função conservatória e uma «função de polícia das situações manifestamente ilícitas»⁽¹⁶¹⁶⁾, sendo esta uma função claramente antecipatória, é natural que o exame seja mais ou menos intenso conforme a função desempenhada e, claro está, conforme o grau maior ou menor de ingerência na questão litigiosa e conforme a gravidade (do ponto de vista da esfera jurídica do demandado) da medida decretada, tendo em conta a possibilidade de esta produzir efeitos irreversíveis.

Ora, de acordo com o artigo 808 do NCPC, «*dans tout les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou qui justifie l'existence d'un différend*». E, estas medidas são, designadamente, «medidas conservatórias» e de salvaguarda que se mostrem necessárias para prevenir um dano, sendo que, nos termos do artigo 809, alínea 1, do NCPC, «*le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse*», decretar as medidas conservatórias que sejam necessárias para obstar à concretização de um dano iminente ou para fazer cessar uma lesão manifestamente ilícita, sendo ainda que, nos termos do artigo 809, alínea 2, do NCPC, tratando-se de medidas antecipatórias, incluindo a medida de provisão a favor do credor («*une provision au créancier*») e a ordem de execução de uma obrigação, mesmo tratando-se de uma obrigação de fazer, o juiz pode decretá-las desde que a existência da obrigação não seja seriamente duvidosa ou cuja existência não seja seriamente posta em causa, pela defesa apresentada pelo demandado («*dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*») (1617).

(1616) A este propósito, vd. J. NORMAND, «Les mesures provisoires...», cit., p. 76.

(1617) Com efeito, o artigo 809, alínea 1, do NCPC prescreve as medidas conservatórias: «*les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage immi-*

Como vemos, se a terminologia usada pelo legislador parece ser contraditória nos diversos casos, a verdade é que tanto no primeiro tipo de medidas conservatórias gerais (ou em todos os casos de urgência não especificada) como no segundo momento se exige para além da urgência a existência de um diferendo entre as partes ou de uma questão litigiosa que deva ser tratada («même en présence d'une contestation sérieuse»), de tal modo que este pressuposto deve ser entendido no sentido de que há um séria necessidade de recorrer ao juiz da urgência por existir um conflito a decidir. Na verdade, se à partida, a existência de uma contestação séria poderia ser obstáculo à prolação da medida conservatória, contudo, a seriedade da questão subjacente é uma das condições de actuação do juiz de *référé* — como escreve NORMAND —, em termos que a existência e a seriedade do diferendo deve ser razoavelmente justificada por quem requer tal medida. Ao juiz cumpre, pois, tomar em consideração a «seriedade do conflito ou do diferendo» que opõe as partes, tendo em conta as alegações feitas pelo requerente e os motivos invocados a favor do decretamento da medida que é oposta ao seu adversário. Este autor considera, aliás, que o juiz deve proceder à análise deste pressuposto da seriedade do diferendo («sérieux du différend») em termos de proporcionalidade, devendo proceder tanto à apreciação dos argumentos invocados pelo requerente como ao balanço de interesses em presença («balance des intérêts en présence»), em termos que deva ser contrabalançada e comparada a gravidade do risco que decorre do diferendo real e da eventual actuação ou omissão do juiz de *référé*, em especial tendo em conta a irreversibilidade das consequências da sua decisão para ambas as partes: quanto mais a medida causar danos na esfera do demandado, mais a seriedade do diferendo deve ser demonstrável e os riscos a que o demandante está exposto devem ser justificados.

Enfim, como refere NORMAND, se em relação às medidas conservatórias e preparatórias, a existência de uma questão litigiosa séria justifica a actuação do juiz de *référé*, já em relação às medidas antecipatórias que são requeridas para obstar a uma situação manifestamente ilícita e contrária ao direito, se requer algo diferente (mesmo inverso): «l'absence de contestation sérieuse»⁽¹⁶¹⁸⁾. Aliás, a segunda função do *référé*, que NORMAND designa de

nent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite». O artigo 809, alínea 2, do NCPC precisa que «o juge des référés» pode, «dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (...) accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire».

⁽¹⁶¹⁸⁾ A este propósito, escreve J. NORMAND («Les mesures provisoires...», cit., p. 81). Assim, considera o autor que: «l'existence d'une contestation sérieuse sur le fond du droit est de nature à fonder l'intervention du juge des référés. C'est le phénomène inverse, l'absence de

«função de polícia das situações manifestamente ilícitas», desdobra-se numa dupla vertente: numa necessidade de regular uma situação jurídica aparente, ou melhor, de fazer respeitar direitos aparentemente existentes ou em relação aos quais não foi seriamente demonstrado não existirem ou de cuja existência não se duvida (*id est*: «imposer le respect de droits non sérieusement contestables»), e de obstar a situações de esbulho («voies de fait») ou outro tipo de actuação violenta em relação a alguém ou aos seus bens, em que há uma actuação manifestamente ilegal⁽¹⁶¹⁹⁾.

Assim, se em relação às medidas conservatórias, a existência de uma questão litigiosa séria justifica a actuação do juiz de *référé*, já quanto às medidas antecipatórias, porque o legislador fixa a necessidade da «l'absence de contestation sérieuse», é necessário proceder ao exame prévio da questão subjacente⁽¹⁶²⁰⁾. Assim acontece, em primeiro lugar, quando o juiz do *référé* decreta uma provisão a favor do credor em relação a uma obrigação que não é seriamente duvidosa («non sérieusement contestable»), ou quando ordena a expulsão dos ocupantes ilegítimos de um imóvel ou quando obsta à publicação de uma revista que contém imagens que são um atentado manifesto e grave aos direitos de personalidade ou quando ordena a reintegração de um trabalhador ilegalmente despedido. Em todas estas situações, o juiz, sendo «o polícia das situações manifestamente ilícitas, não pode ordenar tais medidas sem examinar o fundo da questão, ainda que deva ficar pela evidência da situação jurídica. Com efeito, o juiz só pode decretar a provisão depois de verificar a existência do crédito, só pode ordenar a reintegração do trabalhador depois de se assegurar que existe um despedimento ilícito e que o trabalhador deve continuar a cumprir o seu contrato e, de um modo geral, só pode tomar medidas favoráveis ao demandante se, procedendo à análise antecipada e provisória do mérito, considerar que «n'y a pas une contestation sérieuse sur le fond» e não há uma incerteza razoável quanto ao sentido em que decidirá o juiz de mérito. E assim acontecerá se a pretensão jurídica do demandante se mostrar evidente, se o demandado não tiver ainda oposto meios de defesa sérios à situação jurídica alegada pelo demandante e se os argumentos opostos por quem vier a sofrer com a medida urgente estiverem manifestamente desprovidos de fundamento jurídico. Já haverá uma «contestation sérieuse» se um dos argumentos de defesa invocados pelo demandado contra a pretensão do demandante for de molde a criar uma incerteza razoável ou séria sobre o modo como o juiz de mérito, a ser soli-

contestation sérieuse, qui, dans une mesure qu'il y aura lieu de préciser, apparaît dans les conditions d'exercice de la seconde fonction du juge des référés».

⁽¹⁶¹⁹⁾ A este propósito, vd. P. DRAI, «Quelques observations sur le décret n.º 87-434 du 17 juin 1987: pour un juge qui toujours décide...», Gaz. Pal., 1987, pp. 512 ss.; R. TENDLER, «Le juge des référés...», cit., p. 140.

⁽¹⁶²⁰⁾ A este propósito, vd. J. NORMAND, «Les mesures provisoires...», cit., p. 81.

citado, decidirá a causa principal. Assim, pode concluir-se que o juiz do *référé* actua como polícia das situações manifestamente ilícitas ou das situações manifestamente contrárias ao direito, agindo, pois, a favor das pretensões fundadas em termos de evidência, pondo-lhe termo ⁽¹⁶²¹⁾.

Enfim, percebe-se que no sistema francês também se faz apelo a uma variabilidade da intensidade da cognição do juiz e a um julgamento aproximativo (ainda que provisório e antecipado) da questão litigiosa a tratar no processo principal. Se aquele que requer medidas simplesmente provisórias só tem de alegar a existência de um sério conflito litigioso, o que invoca o artigo 809, primeira alínea, tem de demonstrar mais: tem de demonstrar a ilicitude manifesta da actuação que o lesa, ou por outras palavras, tem de demonstrar que a ilicitude da actuação do demandado é evidente, é manifesta e é tão contrária ao direito que a sua existência não suscita hesitação, cabendo ao juiz decidir sobre a manifesta ilicitude da actuação do demandado ou sobre a evidência ou notoriedade do esbulho. A mesma evidência da situação favorável ao demandante é exigida quando, ao abrigo da alínea segunda do artigo 809 do NCPC, se requer «l'absence de contestation sérieuse», simplesmente, neste caso, o juiz tem de examinar mais intensamente ainda a questão litigiosa existente entre as partes, de tal modo que as alegações opostas pelo demandado devem ser obrigatoriamente tidas em conta para que o juiz perceba em que sentido poderá decidir o juiz da causa principal ⁽¹⁶²²⁾. Pode, pois, concluir-se que o juiz do *référé*, não sendo um juiz que simplesmente decreta medidas conservatórias, é «un juge qui toujours décide» ⁽¹⁶²³⁾.

2. O conceito de sumariedade de matriz alemã

Como se apontou nas considerações introdutórias, o processo que desemboca no decretamento de tutela jurisdicional urgente e provisória — *eins-*

⁽¹⁶²¹⁾ Com efeito, J. NORMAND («Les mesures provisoires...», cit., p. 82) escreve o seguinte: «Assurément le juge ne peut prendre ces mesures qu'en examinant le fond du droit. Il ne peut accorder de provision qu'après s'être assuré de l'existence de la créance. Il y aurait contestation sérieuse si l'un des moyens de défense opposés à la prétention n'était pas manifestement voué à l'échec, s'il existait une incertitude raisonnable sur le sens dans lequel trancherait, s'il était saisi, le juge du fond». Sobre este conceito, apontando algumas críticas, vd. R. MARTIN, «Le référé, théâtre d'apparence...», cit., p. 158; B. PETIT, «L'évidence», RTDC (n.º 3, 85.º année), 1986, pp. 486 ss., esp. p. 491.

⁽¹⁶²²⁾ Neste sentido, J. NORMAND («Les mesures provisoires...», cit., p. 85) aponta que, no âmbito da primeira alínea do artigo 809 do NCPC, «le juge devra surveiller sa plume» e «doit seulement justifier de ce que le trouble dénoncé n'est pas manifestement illicite».

⁽¹⁶²³⁾ Neste sentido, e para outras considerações, vd. P. DRAI, «Quelques observations...», cit., pp. 512 ss.

tweilige Rechtsschutz — é considerado um processo urgente («Eilverfahrens»). E isso significa que ele possui especificidades que podem ser agrupadas em dois tipos: um que diz respeito à sumariedade procedimental e o outro à sumariedade cognitiva. Assim, quanto ao primeiro, a sumariedade decorre do carácter simplificado e acelerado da tramitação, bem como também decorre da possibilidade de a tramitação ser passível de abreviação em função dos níveis da urgência. E a sumariedade decorre igualmente da previsão de prazos curtos para realização de actos processuais, da possibilidade de dispensa de realização da audiência contraditória, da existência de um processo de execução acelerada e da aplicação da *Glaubhaftmachung*.

Ora, a *Glaubhaftmachung*, enquanto modalidade especial de demonstração dos factos, é, assim, uma das mais significativas especificidades dos processos urgentes, *maxime* do previsto no § 916 da ZPO, para o *Arrest*, e do previsto no § 935, relativo à emissão das *einstweilige Verfügungen*. Cumpre notar, pois, que a *Glaubhaftmachung* aparece nestes processos urgentes em substituição do procedimento de instrução probatória típico do desenvolvido na acção principal (§ 286 da ZPO). Aquele procedimento e este diferenciam-se, na realidade, fundamentalmente em dois aspectos, sendo que ambos os aspectos concretizam instrumentos de aceleração do processo e introduzem benefícios de ordem temporal. O primeiro diz respeito aos meios de prova da *Glaubhaftmachung* e o segundo é relativo ao *Beweismaß*, isto é, à intensidade reduzida ou diminuída do grau de prova que nesses casos se considera necessária. No que respeita aos meios, rege o § 294, I, da ZPO. E, segundo este artigo, o leque de meios de prova possíveis na *Glaubhaftmachung*, por contraste com o procedimento de instrução probatória normal, tanto traduz uma ampliação como uma restrição, sendo que a mais significativa ampliação resulta da figura do juramento, isto é, do depoimento sob juramento prestado pelas partes e por terceiros («*eidesstattliche Versicherung der Parteien und Dritter*»), e a mais significativa limitação resulta do facto de os meios de prova apenas deverem ser considerados se forem imediatamente disponíveis ou realizáveis, nos termos do § 294, II, da ZPO.

E, de igual modo, a diminuição (abaixamento) do grau de prova («*Herabsetzung des Beweismaßes*») é uma outra particular característica do processo urgente que concretiza a *Glaubhaftmachung*. Assim, a *Glaubhaftmachung* também se traduz numa redução da intensidade da prova, isto é, numa diminuição da graduação, nos termos da qual se considera alcançada uma prova, por contraste com a necessária nos termos do § 286 da ZPO. Assim, se nos termos do preceito regra se exige que o juiz, para emitir a decisão solicitada, tenha de estar convencido de que os factos alegados («*Tatsachen*») são verdadeiros, já nos termos da regra que disciplina a *Glaubhaftmachung*, o juiz, para decretar a medida solicitada, não tem de estar convencido da verdade

dos factos alegados, sendo suficiente apenas um juízo de menor intensidade quanto à existência daqueles factos, bastando, pois, a probabilidade (2.1.).

A *Glaubhaftmachung*, que está prevista no § 294 da ZPO, constitui, pois, uma modalidade especial de demonstração dos factos («eine besondere Art der Beweisführung») que é distinta da «prova plena» («Vollbeweis»), que está contemplado no § 286 da ZPO e que constitui o modelo regra ou comum através do qual se visa convencer o juiz da verdade dos factos alegados. E aquele modelo, que apenas se aplica aos casos legalmente previstos, incluindo os processos sumários de urgência, é especial, quer no que diz respeito ao procedimento propriamente dito, que é regido fundamentalmente pelo princípio da liberdade da forma (§ 294, II, da ZPO), quer no que diz respeito ao menor grau de convicção do juiz quanto à realidade dos factos alegados, que a lei considera suficiente. É, pois, neste contexto, atendendo à urgência das situações a defender e às características de instrumentalidade e provisoriedade que são próprias das decisões que ao seu abrigo são emitidas, que se entende que os pressupostos do «Arrest» e das «*einstweilige Verfügungen*» devem apenas ser justificados ou tornados credíveis («*sind glaubhaft zu machen*»), de acordo com o modelo da *Glaubhaftmachung* (2.2.).

Como se percebe, há um conjunto de conceitos que se invocam repetidamente. Ora, a repetição decorre da ambiguidade que ainda paira em torno do conceito da *Glaubhaftmachung*, principalmente quando este é associado aos processos sumários das *einstweiligen Verfügungen*. Passamos a explicar: num quadro legal caracterizado pela ausência de definições, coube à jurisprudência e à doutrina fixar as soluções para uma constelação de dúvidas que o contencioso moderno foi acentuando, designadamente quanto ao grau suficiente de prova que deve considerar-se necessário para a emissão de decisões antecipatórias e quanto à necessidade de reservar tal tipo de prova apenas para as questões de facto, deixando de fora do mesmo tipo demonstração de prova a *quaestio iuris*. Neste sentido, o entendimento foi variando, tal como foi variando a solução apresentada pelos tribunais. De qualquer modo, foi prevalecendo a ideia de que, enquanto no âmbito do processo ordinário os factos só podem considerar-se provados quando sobre a sua existência se forma um alto grau de probabilidade («*an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit*»), nos processos sumários aos quais se aplica o modelo da *Glaubhaftmachung*, designadamente os contemplados nos §§ 916 e 935 da ZPO, é suficiente uma intensidade de probabilidade inferior àquela (2.3.).

Uma vez que o legislador não fixou qual é esse grau de probabilidade exigido, a doutrina maioritária tem defendido que essa medida deve ser inferior à *Vollbeweis* necessária para a emissão da pronúncia de mérito, sendo que associa a medida-regra de probabilidade à «*überwiegende Wahrscheinlichkeit*» ou probabilidade preponderante. Ainda assim, cumpre notar que há

autores que têm vindo a defender a graduação variável de probabilidade, atendendo a diversos factores, entre os quais se incluem o da natureza dos efeitos da decisão, provisórios ou definitivos, a intensidade dos interesses envolvidos e a maior ou menor ingerência na esfera do demandado. Como se mencionou, cumpre, no entanto, atender a um sector da doutrina que faz questão de reforçar a ideia de que a *Glaubhaftmachung* se aplica apenas aos factos que suportam os pressupostos, sendo que o exame que incide sobre a *quaestio iuris* fica fora daquele tipo de prova, devendo obedecer a um tipo distinto de exame, um tipo diferente, que alguns consideram idêntico ao «exame da questão de fundo». Neste aspecto, há doutrina que afirma que o exame de conclusão nos processos urgentes, previsto especialmente no § 935, não constitui nenhuma especificidade do processo urgente (2.4.).

2.1. A *Glaubhaftmachung* traduz uma das especificidades dos processos urgentes. Aliás, o ligamento entre esta modalidade de demonstração dos factos e o carácter urgente do processo («Eilcharakter des Verfahrens»), que é destinado a desembocar na emissão da *einstweilige Rechtsschutz*, é amplamente reconhecida pela ciência alemã do direito processual⁽¹⁶²⁴⁾. Nos termos gerais do § 920, II, da ZPO, os pressupostos de que depende a emissão das decisões provisórias devem ser justificados («sind glaubhaft zu machen»), só não acontecendo assim se a lei dispuser em contrário ou se, nos termos do § 921, II, da ZPO, não tiver sido demonstrada a credibilidade desses pressupostos e o requerente prestar garantia, para assegurar os prejuízos que podem decorrer para o requerido da emissão da providência.

A *Glaubhaftmachung* aparece nos processos urgentes em substituição do procedimento de instrução probatória típico do desenvolvido na acção principal. Estes procedimentos diferenciam-se, sobretudo em dois aspectos, sendo que ambos reflectem a aceleração do processo. O primeiro diz respeito aos meios de prova da *Glaubhaftmachung* e o segundo é relativo à intensidade reduzida ou diminuída do grau de prova. Vejamos cada um deles com mais detalhe. Assim, no que respeita aos meios de prova, rege o § 294, I, da ZPO. E, segundo este artigo, pode afirmar-se que, quanto ao leque de meios de prova

(1624) Neste sentido, vd. W. GRUNSKY, in: STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 21. Auflage, band 7, Teilband 1, §§ 864-945, Tübingen, 1996, em anotação ao § 920, n. m. 15, p. 377, M. VOLLKOMMER, in: ZÖLLER-Zivilprozessordnung-Kommentar, 23. Auflage, Köln, 2002, anotação ao § 920, n. m. 9; W.-D. WALKER, in: W. SCHUSCHKE/W.-D. WALKER/D. SCHMUKLE, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar zum Achten Buch der Zivilprozeßordnung, Band II, Arrest und Einstweilige Verfügung*, §§ 916-945 da ZPO, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, em anotação ao § 920, pp. 71 ss.; IDEM, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., pp. 214 ss.

possíveis, por contraste com os meios de prova admitidos no procedimento de instrução probatória normal, este preceito tanto traduz uma ampliação como uma restrição. A ampliação consiste no facto de, juntamente com os meios de prova típicos, se admitir também o depoimento sob juramento, tanto o das partes como o de terceiros («*eidesstattliche Versicherung der Parteien und Dritter*»), sendo que a prestação de depoimentos sob juramento pode ser dada em qualquer momento, podendo ser requerida antecipadamente, em termos que não haja perdas de tempo. E, além disso, para a *Glaubhaftmachung* é possível a remissão para peças integrantes apenas do processo principal, incluindo depoimentos de testemunhas, contestações e documentos. De qualquer modo, é visível que a *Glaubhaftmachung* traduz uma simplificação e agilização na demonstração dos factos que suportam os pressupostos de decretamento da providência. Por outro lado, a limitação resulta do facto de apenas se admitir como meios de provas aqueles que puderem ser considerados imediatamente, por estarem disponíveis ou já realizados, nos termos do § 294, II, da ZPO. Assim, podem as partes apresentar documentos, certificados ou apresentarem testemunhas⁽¹⁶²⁵⁾. Esta particularidade referente aos meios de prova disponíveis para realizar a *Glaubhaftmachung* traduz, por contraste com o processo principal, uma das mais importantes particularidades do processo urgente, já que traduz aceleração na demonstração de que os factos alegados são credíveis⁽¹⁶²⁶⁾.

Contudo, a questão do tipo de meios de prova admitidos no modelo da *Glaubhaftmachung* tem também sido objecto de alguma discussão doutrinária, sendo que, se no âmbito do processo ordinário de cognição se admite todo o tipo de provas tipificadas (isto é, a inspecção judicial (*Augenschein*), a testemunhal (*Zeugenbeweis*), a produzida por peritos (*Sachverständigenbeweis*), a prova documental (*Urkundenbeweis*) e o depoimento de parte (*Beweis durch Parteivernehmung*), para a *Glaubhaftmachung* do processo sumário, o § 294, I, da ZPO só admite todas estas provas, desde que estas sejam imediatamente acessíveis (§ 294, II, da ZPO), e admite, portanto, tanto os meios de prova típicos como os atípicos (*Freibeweis*), especialmente as declarações sob juramento⁽¹⁶²⁷⁾. Contudo, como a única limitação em termos dos meios de prova

(1625) Neste sentido, W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., pp. 214 e 215.

(1626) Neste sentido, W.-D. WALKER (*Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., pp. 214 e 215) escreve o seguinte: «Die Möglichkeit der Glaubhaftmachung ist somit auch aufgrund dieser Einschränkung gegenüber der Beweiserhebung im Hauptsacheverfahren eine wesentliche verfahrensbeschleunigende Besonderheit des Eilverfahrens».

(1627) Em anotação ao § 920 da ZPO, M. HUBER (in: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, herausgegeben von H.-J. MUSIELAK, 3. Auflage, München, 2002, pp. 2108 a 2111) refere que «Die Vorschrift [§ 920, Abs. 2] enthält eine Beweismaßreduzierung», sendo que «Glaubhaftmachung

decorre do § 294, II, da ZPO — onde se exige a imediata disponibilidade dos meios de prova ou a actual possibilidade de produção da prova — tem-se considerado que a maior parte destas modalidades se mostra incompatível com a urgência, assumindo assim as declarações de parte sob juramento um papel determinante neste modelo de demonstração dos factos — o que não deixa de ser preocupante, uma vez que em termos de credibilidade, este meio de prova traduz um baixo grau de convicção. Em todo o caso, o juiz tem consciência de que a sua decisão pode basear-se numa apreciação sumária (enquanto restrita) dos factos, visto que a prova pode não estar imediatamente disponível e além disso é sumária porque apta a fornecer um baixo grau de convicção.

E a discussão abrange outros aspectos. Este modelo previsto no § 294 vem também associado à expressão «Wahrscheinlichkeit», sendo que, quando aplicado aos processos sumários de «Arrest» e de «einsweilige Verfügungen», isso significa que os pressupostos de que depende a decretação destas providências devem ser justificados. E, claro, em confronto com o modelo regra previsto no § 286 da ZPO, cuja configuração permite obter a livre convicção do juiz sobre a verdade dos factos, aquele permite a formação de um juízo de intensidade menor. Neste contexto do *Beweismaß*, a *Glaubhaftmachung* é, pois, associada à *Wahrscheinlichkeit* ou probabilidade, sendo esta entendida como medida de convicção inferior à exigida pelo modelo da prova plena («Vollbeweis») ⁽¹⁶²⁸⁾. Contudo, ainda assim, e porque a *Glaubhaftmachung*

bedeutet, dass für die richterliche Überzeugung von einer Tatsache nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit erforderlich ist; es muss also wahrscheinlicher sein, dass Anspruch und Arrestgrund bestehen als umgekehrt. Diese Beweiserleichterung gilt im gesamten Arrestprozess, also auch bei mündlicher Verhandlung über das Gesuch oder nach Widerspruch bzw. Berufung gegen den Arrestbehelf. Sie hindert aber keine Partei, Vollbeweis zu erbringen, z.B. im Arrestgesuch durch Vorlage einer den Anspruch beweisenden Urkunde oder in der mündlichen Verhandlung durch einen mitgebrachten Zeugen. Für die Art der Glaubhaftmachung gilt § 294 ZPO. Danach sind statthaft z.B. eidesstattliche Versicherung des Gläubigers oder Dritten, anwaltliche Versicherung, schriftliche Zeugenaussagen, Privatgutachten, oder Verweisung auf die Hauptsacheakten». Vd. Tb. M. VOLLKOMMER, in: *ZÖLLER-Zivilprozessordnung...*, cit., pp. 2253 e 2254, em anotação ao § 920 da ZPO; O. TEPLITZKY, «Arrest und einstweilige Verfügung», JuS, 1981, Heft 2, pp. 123 e 124.

⁽¹⁶²⁸⁾ Com efeito, como escrevem F. BAUR/W. GRUNSKY (*Zivilprozeßrecht*, 10. überarbeitete Auflage, 2000, p. 165), «durch den Beweis soll dem Richter die volle Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung vermittelt werden. Von der vollen Überzeugung zu unterscheiden ist die Glaubhaftmachung: Hier begnügt sich der Richter mit einem geringeren Grad von Gewißheit (“Wahrscheinlichkeit”)». No mesmo sentido, G. BAUMGÄRTEL/H. PRÜTTING (*Einführung in das Zivilprozeßrecht*, 8. Auflage, Berlin, 1994, p. 61) escrevem, no contexto do «Beweismaß», sobre o que distingue a prova sumária («Glaubhaftmachung») da prova plena («Vollbeweis»): «Der Richter muß die volle Überzeugung von

não está definida em nenhum preceito legal, como se referiu, a compreensão desta figura não se tem mostrado nada pacífica ⁽¹⁶²⁹⁾. Hoje, entre várias posições doutrinárias diferentes, uma que considera suficiente «a não falta de fundamento da pretensão («nicht leichtfertig»», outra que entende ser necessária a demonstração de uma boa possibilidade («gute Möglichkeit») ⁽¹⁶³⁰⁾ de atingir a prova de que as alegações são fundadas e outra que não encontra razão para distinguir a «Glaubhaftmachung» da «Vollbeweis» no que respeita ao «Beweismaß», a corrente maioritária indica como certa a probabilidade preponderante (ou «überwiegende Wahrscheinlichkeit») ⁽¹⁶³¹⁾.

Se estas afirmações são comuns entre a doutrina, já em relação a outros aspectos de pormenor quanto à concretização deste modelo de prova a divergência vai acontecendo com maior significado. O âmbito objectivo da *Glaubhaftmachung* é um deles: enquanto para uma parte da doutrina só os factos são objecto da apreciação e da convicção sumária do juiz ⁽¹⁶³²⁾, caindo os aspectos de direito no sistema de cognição plena, para outra parte da doutrina tanto os aspectos de direito como os aspectos de facto devem ser sempre sumariamente apreciados e valorados, tanto mais que o § 920 não faz qualquer distinção entre o pressuposto de direito e o de facto, pelo contrário inclui nele expressamente o *Anspruch* (§ 920, II) ⁽¹⁶³³⁾. Segundo SCHERER, o modelo da *Glaubhaftmachung* aplica-se apenas aos factos («Tatsachen»), uma vez que somente estes são pas-

der Wahrheit der behaupteten Tatsachen gewinnen (§ 286 I). Soweit in besonderen Fällen die Glaubhaftmachung genügt (vgl. Z. B. §§ 920 II, 936), reicht ein geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit aus (§ 294 I)».

⁽¹⁶²⁹⁾ Sobre a *Glaubhaftmachung*, vd., fundamentalmente, I. SCHERER, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1996.

⁽¹⁶³⁰⁾ A este propósito, O. JAUERNIG (*Zivilprozeßrecht*, 27.^a ed., München, 2002, p. 198) refere que «die Glaubhaftmachung erfordert einen geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit als der volle Beweis, nämlich nur die überwiegende Wahrscheinlichkeit, “die gute Möglichkeit”, daß die Behauptung wahr oder unwahr ist». No mesmo sentido, M. GEHRLEIN, *Zivilprozessrecht nach der ZPO-Reform 2002*, München, 2001, n. m. 27, p. 137.

⁽¹⁶³¹⁾ A propósito da sua aplicação nos processos urgentes de «Arrest» e da «einstweilige Rechtsschutz», vd. W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., pp. 209 a 233, esp. pp. 223 a 225 e 228 a 231.

⁽¹⁶³²⁾ Por exemplo, a este propósito, H. THOMAS/H. PUTZO (ZPO, *Zivilprozeßordnung*, München, 1995, p. 450) referem na anotação ao § 294 da ZPO que «Glaubhaftmachung ist eine Beweisführung, die dem Richter einen geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit vermitteln soll. Sie kommt nur in Frage für beweisbedürftige Tatsachen». E referem também que «wenn Glaubhaftmachung für eine Partei zulässig ist, gilt sie auch zur Widerlegung für die Gegenpartei». Contudo, também referem em anotação ao § 920, Abs. 2, que «mit Glaubhaftmachung sind die Tatsachen (...) gemeint, iü ist die Intensität der rechtlichen Prüfung nicht erleichtert (p. 1395)».

⁽¹⁶³³⁾ Sobre esta questão, vd. D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 64 ss. E, vd., tb., W. GRUNSKY, «Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes», JuS, 1976, p. 281.

síveis de justificação ou de demonstração em termos de verosimilhança, excluindo-se, pois, as questões jurídicas («Rechtsfragen»). Pelo que o § 920, II, da ZPO não pode considerar-se como excepção àquela norma (1634).

2.2. A *Glaubhaftmachung*, porque «significa sobretudo simplificação por contraste com o modelo normal de produção de prova» — para invocar as palavras de THOMAS-PUTZO (1635) — e porque pode conduzir a uma reduzida intensidade do exame de conclusência (ou *Schlüssigkeitsprüfung*) — de acordo com o pensamento de GRUNSKY —, facilmente harmonizáveis com a tutela provisória e com a tutela de *situações-de-urgência*, tem aplicação nos processos de *Arrest* e das *einstweilige Verfügungen*, isto é, naqueles processos previstos, respectivamente, nos §§ 916 e 935 da ZPO, que são aptos a desembocar em decisões provisórias que visam assegurar a efectividade das sentenças a proferir em processos principais. Com efeito, como já avançámos nas considerações prévias, os pressupostos de que depende o decretamento de tais medidas asseguradoras — «der Anspruch und der Arrestgrund» — devem apenas ser justificados («sind glaubhaft zu machen»), nos termos do § 920, II, *ex vi* § 936 da ZPO (1636). Por outras palavras, tais pressupostos não precisam de ser provados nos termos da prova plena, já que o tribunal procede à sua averiguação num «exame sumário» (1637). Ora, a «*Glaubhaftmachung*» assume uma particular importância nos processos urgentes com função cautelar das *einstweilige Verfügungen* e do *Arrest*, dadas as características que estes possuem. Podemos dizer que a simplificação, a informalidade, a aceleração e a possível intensidade inferior de convicção previstas para estes processos combinam bem com a instrumentalidade dos processos urgentes em que são decretadas e com a provisoriedade de tal tipo de medidas com função asseguradora (1638).

(1634) Neste sentido, vd. I. SCHERER, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit., esp. p. 61.

(1635) Para H. THOMAS/H. PUTZO (ZPO, *Zivilprozeßordnung...*, cit., p. 1395), «Die Glaubhaftmachung (Abs. II § 294 ZPO) bedeutet gegenüber der Beweisführung im normalen Verfahren eine Erleichterung ist entbehrlich in den Fällen des § 921 II. Sie genügt auch in der mündliche Verhandlung für andere notwendige Tatsachen als Anspruch und Grund und für den Gegner zur Widerlegung (...)».

(1636) A este propósito, cumpre ver W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., pp. 51 ss., pp. 180 a 231 e 215, esp. pp. 209 a 231, esp. ns. ms. 313 a 321, onde o autor reforça a conexão entre a *Glaubhaftmachung* e o carácter urgente dos respectivos processos.

(1637) Como escrevem G. BAUMGÄRTEL/H. PRÜTTING (*Einführung...*, cit., p. 94): «der Antragsteller muß die Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung glaubhaft machen (§§ 936, 920). Der Entscheidung des Gerichts geht eine summarische Prüfung des Verfügungsgrundes voraus».

(1638) A este propósito, vd. W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., pp. 223 a 225.

Com efeito, no ordenamento jurídico alemão a sumariedade do processo de *Arrest* desdobra-se em dois momentos: atinge tanto a fase que culmina com a prolação da decisão de *Arrest*, que pode ser através da forma de sentença (*Urteil*) ou não, assumindo neste caso a forma de *Beschluß*, como a fase de execução sumária, sendo que tal é verdadeiramente um processo que tramita de acordo com a forma e os prazos de tipo sumário (*Arrestprozeß*). Mas a sumariedade não é somente procedimental. Ela atinge a forma como a prova da factualidade que sustenta o decretamento da medida é produzida e julgada. Esta medida depende da verificação de dois pressupostos: *Arrestanspruch* e o *Arrestgrund*, significando ambos e respectivamente que é necessário existir uma obrigação pecuniária cuja execução forçosa pode ser posta em causa se a medida cautelar não for decretada. No requerimento inicial, o requerente deve justificar ou tornar credível a existência da obrigação pecuniária e a razão, o motivo ou a causa que sustenta a necessidade desta medida cautelar (§ 920 da ZPO). E este é um traço característico deste processo sumário: a *Glaubhaftmachung*. Se, no processo ordinário, o demandante tem a seu cargo o ónus da prova, uma prova completa, no sentido de que deve provar o que alega, neste processo sumário, contudo, é suficiente que o demandante alegue, isto é, que justifique e torne credível que os factos invocados são verdadeiros e existentes ⁽¹⁶³⁹⁾. Na prática, as declarações de terceiros ou das partes, prestadas sob juramento («eidesstattliche Erklärungen»), têm aqui um papel relevantíssimo, ao contrário do que acontece no processo ordinário. Aliás, em casos de extrema urgência, em que não é possível sequer ao demandante tornar credível a factualidade, o tribunal pode decretar a providência de *Arrest* desde que seja prestada caução (§ 921, II, da ZPO).

No *Arrestprozeß*, o tribunal tem a faculdade de escolher duas vias sumárias: uma que inclui a realização de uma audiência oral (§ 921 da ZPO) e outra que a dispensa (§ 922 da ZPO) ⁽¹⁶⁴⁰⁾. Com efeito, os §§ 921 e 922 estabelecem que a providência de *Arrest* tanto pode ser pronunciada em processo sumário com realização plena do contraditório, em audiência oral contraditório

⁽¹⁶³⁹⁾ É exactamente por causa deste aspecto que B. HIRTZ («Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast...», cit., pp. 112 e 113) entende que não podem valer nestes processos urgentes os mesmos princípios de prova (quanto à repartição do ónus da prova) que valem no processo principal, uma vez que nestes processos urgentes só muito raramente o juiz pode considerar que foi realizada e esgotada a prova. Logo, falta a condição essencial para que sejam aplicadas as mesmas regras de repartição do ónus da prova: ao requerente da providência cautelar cabe alegar e tornar credíveis os factos que constituem o seu direito e cabe alegar e tornar credível a inexistência de factos impeditivos, modificativos ou extintivos do seu direito, que normalmente caberia ao demandante provar (nos termos do § 920, II, da ZPO).

⁽¹⁶⁴⁰⁾ Neste sentido, W. J. HABSCHIED, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 37 ss.

ria («mündliche Verhandlung»), adquirindo a decisão a forma de *Endurteil*, como pode ser decretada num processo acelerado, *inaudita altera parte* («ohne mündliche Verhandlung»), através de *Beschluß* — como se apontou sumariamente. Não sendo o demandado ouvido antes da emissão do arresto, ele pode usar de um meio impugnatório posteriormente (*Widerspruch*), nos termos do § 924 da ZPO, podendo o tribunal realizar uma audiência oral e corrigir a providência decretada. Neste sentido, garante-se, pois, a realização do contraditório num processo que é sumário e que, por isso, não necessita de realização de verdadeira prova, sendo suficiente que o demandante torne credível a existência das condições de decretamento da providência. Além disso, o tribunal pode adoptar esta medida, ainda que os seus pressupostos não estejam sumariamente provados, devendo, neste caso, contudo, ser prestada adequada garantia pelo requerente a favor do requerido ⁽¹⁶⁴¹⁾, sendo que o tribunal pode igualmente fazer depender de uma garantia a adopção da providência requerida, mesmo quando os pressupostos de deferimento do «Arrest» estão justificados ⁽¹⁶⁴²⁾. Enfim, o ordenamento jurídico alemão prevê assim um processo sumário que permite ao juiz gerir com flexibilidade, dando-lhe a possibilidade de agir eficaz e rapidamente. Com efeito, o requerente pode obter uma providência de *Arrest* no dia ou mesmo na hora em que formaliza o seu pedido ⁽¹⁶⁴³⁾.

As mesmas considerações valem para o processo sumário das *einstweiligen Verfügungen*, até porque para este valem as regras do processo de *Arrest*, nos termos do § 926 da ZPO. Com efeito, neste tipo de processos urgentes, a *Glaubhaftmachung* traduz-se no facto de os pressupostos de que depende o seu deferimento — *id est*: o direito subjectivo a proteger (*Verfügungsanspruch*) e a causa que justifica a medida urgente (*Verfügungsgrund*) — apenas necessitarem de ser justificados e tornados credíveis (*glaubhaft gemacht*) pelo requerente, nos termos do § 920, II, *ex vi* § 936 da ZPO. E, neste sentido, com a expressão *Glaubhaftmachen* quer-se dizer que o grau de convicção do juiz quanto à verificação daqueles pressupostos pode ser inferior àquele

⁽¹⁶⁴¹⁾ Com efeito, o § 921, que dispõe sobre o «Arrestgesuch», prescreve o seguinte: «Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen». E prescreve também que «Das Gericht kann, auch wenn der Anspruch oder der Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht ist, den Arrest anordnen, sofern wegen der dem Gegner drohenden Nachteile Sicherheit geleistet wird. Es kann die Anordnung des Arrestes von einer Sicherheitsleistung abhängig machen, selbst wenn der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind».

⁽¹⁶⁴²⁾ A este propósito, vd. W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., pp. 223 ss. e 228 ss.

⁽¹⁶⁴³⁾ Neste sentido, W. J. HABSCHIED («Les mesures provisoires...», cit., pp. 37 ss.) aponta que, devido à urgência, a informalidade da apresentação do pedido na secretaria do tribunal constitui igualmente uma característica da simplificação e aceleração a aceleração.

que seria necessário se o tribunal exigisse a sua prova plena. Aliás, no contexto do *Beweismaß* exigido nos processos acelerados das *einstweilige Verfügungen* e do *Arrest*, há uma doutrina maioritária que prefere falar em decisões «auf blosser Glaubhaftmachung» dos factos alegados, esclarecendo que «*der entscheidende Unterschied liegt aber in den Anforderungen an die Stärke des Beweises: Unter Glaubhaftmachung wird verstanden, daß an Stelle der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung nur der Eindruck der (überwiegenden) Wahrscheinlichkeit der Behauptung erforderlich ist*»⁽¹⁶⁴⁴⁾. E, de acordo com esta doutrina, a («überwiegenden») *Wahrscheinlichkeit* obtém-se, pois, através de todos os meios de prova idóneos a formar a convicção sumária («Glaubhaftmachung») das alegações de facto, nos termos do § 294 da ZPO, sendo, pois, apenas de excluir aquelas que não possam ser imediatamente produzidas («nicht sofort erfolgen kann»). Ora, este especial tipo de processo instrutório, regido pelo princípio da liberdade de prova, conduz à formação de um grau menor da convicção do juiz, que, claro está, se justifica, quer pelo carácter urgente da medida, quer pela particularidade do caso, por exemplo, por ser uma decisão emitida *inaudita altera parte*, quer sobretudo pela natureza provisória e interina da decisão⁽¹⁶⁴⁵⁾.

2.3. Já vimos em que termos se concretiza a *Glaubhaftmachung*. Cumpre todavia dizer que este modelo especial de demonstração dos factos, previsto no § 294 da ZPO, apresenta complexidades sérias, quando comparado com o modelo regra, consagrado no § 286 da ZPO. Na verdade, faltando disposições legais, tem cumprido à doutrina e à jurisprudência encontrar respostas para as dúvidas suscitadas na *praxis* e as soluções nem sempre têm alcançado a uniformidade desejada. Ora, de acordo com o estudo de SCHERER, as mesmas dificuldades surgiram a propósito da *Bescheinigung*, a figura que antecedeu a *Glaubhaftmachung*. É, aliás, por isso, que em nenhum preceito da ZPO se encontra uma definição completa da «justificação», visto que aquela outra já suscitava muita controvérsia. Enfim, o facto de o legislador não ter legalmente definido a *Glaubhaftmachung*, nem ter estabelecido qual a medida de prova necessária para se considerar certo facto suficientemente justificado, significa que esta tarefa foi de propósito deixada para os tribunais e para a dou-

⁽¹⁶⁴⁴⁾ Neste sentido, D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 22 e 23. E o mesmo autor, D. LEIPOLD (in: STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, §§ 253-299a, 21. Auflage, 1997, Tübingen, p. 626), escreve que: «Zur Glaubhaftmachung genügt ein geringerer Überzeugungswert als zur Erbringung des vollen Beweises. Der Richter darf zwar auch hier nicht bloß nach».

⁽¹⁶⁴⁵⁾ Neste sentido, W. J. HABSCHIED, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 37 ss. No mesmo sentido, B. HIRTZ, «Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast...», cit., pp. 111 e 112.

trina. Contudo, dada a dificuldade existente, a tarefa foi sendo realizada sem uniformidade, de tal modo que, como escreve SCHERER, na actualidade, 150 anos volvidos sobre a polémica em torno da *Bescheinigung*, a questão em torno do entendimento sobre a *Glaubhaftmachung* e sobre os argumentos invocados a favor de cada uma das posições da doutrina quanto à intensidade da prova necessária para se considerar acreditada ou justificada certa factualidade, continua exactamente no mesmo ponto.

Com efeito, não obstante a *Bescheinigung* ter sido considerada pela ciência alemã do direito processual do século XIX como a medida de prova adequada para proporcionar uma tutela provisória e expedita ou acelerada, a verdade é que tal tipo de prova sumária («Summarischer Beweis») suscitava muita controvérsia já nessa altura. Assim, não só não foi uniformemente identificada a natureza e qualidade dos requisitos («Qualitätsanforderungen») da prova sumária como não foi definida de forma precisa a medida de prova («Beweismaß») exigida pela *Bescheinigung* (1646). A discussão foi decorrendo entre duas correntes opostas, uma, a encabeçada por G. W. WETZELL, que, associando a prova sumária ao carácter provisório da decisão («der vorläufige Charakter der Entscheidung»), entendia que a medida de prova exigida pela *Bescheinigung* correspondia à mera probabilidade («bloÙe Wahrscheinlichkeit») (1647) e a outra corrente considerava que a *Bescheinigung* correspondia à plena certeza («volle Gewißheit»). Na verdade, inserida na corrente que classifica «der summarische Beweis als voller Beweis», BRIEGLEB considerava que, «quanto à razão convincente» («Beweisgründe»), não haveria diferença entre a «prova sumária» e a «prova plena», uma vez que a prova no processo sumário apenas se caracterizaria por uma objectiva redução ou incompletude e não pressuporia uma qualitativa diminuição, enfraquecimento ou imperfeição na formação da convicção do tribunal (1648).

(1646) Neste sentido, I. SCHERER, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit., p. 47.

(1647) Com efeito, G. W. WETZELL (*System des ordentlichen Civilprocesses*, 2. Aufl., Leipzig, 1865, pp. 168 ss.) diz o seguinte: «Nur da, wo die irrthümliche Annahme der Wahrheit mit einem definitiven oder sachlichen Nachtheil für den Gegner nicht verbunden sein würde, soll sich der Richter mit bloÙem Wahrscheinlichkeitsbeweis (hier Bescheinigung genannt) begnügen, und nicht so sehr, daß die in Frage stehende Thatsache wahr, als daß sie nicht mit dem Bewußtsein der Unwahrheit (aus Chicane) behauptet worden sei, für maßgebend erachten (summatim cognoscere). E refere também o seguinte: «Der Richter entspricht gewissen Anträgen schon dann, wenn die denselben zu Grunde liegenden Thatsachen bloÙ wahrscheinlich gemacht, also unvollständig bewiesen sind (...). Das Römische Recht gebraucht für diese minder gründliche Art der Untersuchung den Ausdruck «summatim cognoscere» und wendet dieselbe in Fällen an, wo der Implorant eine Verfügung beantragt, welche die Geltendmachung eines von ihm erhobenen oder zu erhebenden Anspruchs sichem oder erleichtern soll» (p. 273). Para mais desenvolvimentos, vd. G. W. WETZELL, *System...*, cit., pp. 275 e 276; W. ENDEMANN, *Das Deutsche Civilprozessrecht*, Heidelberg, 1868, pp. 695, 696 e 697.

(1648) Segundo H. K. BRIEGLEB (*Einleitung in die Theorie...*, cit., pp. 169 ss. e 375 ss.): «Für die Qualität der Beweisgründe im summarischen Process gilt auch im heutigen Recht die

Enfim, se para esta corrente a única diferença existente entre a prova sumária e a não-sumária reside na restrição e incompletude dos meios de prova empregues no processo sumário (¹⁶⁴⁹), já, para a primeira corrente (que em poucas palavras se resume como «der summarische Beweis als bloßer Wahrscheinlichkeitsbeweis»), a diferença atinge a qualidade da convicção, de tal modo que a prova sumária ou «Bescheinigung» seria um *minus* perante a *prova plena*, sendo, pois, classificada como «bloßer Wahrscheinlichkeit oder *minus plena probatio*». De qualquer modo, de acordo com o entendimento de WETZELL, que foi apresentado segundo a lógica do «Schikaneverbot», para que a convicção reduzida do juiz se formasse em termos de «mera probabilidade» era suficiente que, através do «summarischen Verfahren», o comportamento do requerente não demonstrasse ser precipitado ou mal intencionado ou

schon bisher bei verschiedenen Gelegenheiten vertheidigte, auf einem unbeugsamen Vernunftgesetz beruhende Grundregel: dass keine Thatsache als Grundlage der richterlichen Entscheidung verwendet und geltend gemacht werden kann, welche nicht im Augenblick der Urtheilsfällung dem erkennenden Richter *bewiesen* vorliegt — freilich nur *einseitig* bewiesen in Anbetracht des Ausschlusses resp. der Beschränkung des Gegenbeweises, aber doch *vollkommen* bewiesen in Anbetracht der Qualität der Beweisgründe, aus welchen der erkennende Richter die Überzeugung von dem Sein oder Nichtsein einer entscheidenden Thatsache schöpft. Als Beweis im summarischen Process genügt zwar Prima-facie-Beweis, wird aber doch Beweis gefordert; und was nicht wirklicher Beweis ist, kann auch nicht Prima-facie-Beweis sein. Verglichen mit dem ordentlichen Process ist die Beweisführung im summarischen Process mit dem Mangel der Einseitigkeit, aber mit keinem anderen Mangel behaftet. Dieser Mangel führt immer die Gefahr mit sich, dass der Stoff, das Materiale der Cognition in geringerem Umfang als in ordinario, nicht allen seinen Bestandtheilen, nicht vollständig, sondern nur teilweise zum Vorschein kommt; — das aber, was hiernach doch zum Vorschein kommt, und wäre es auch der kleinste Bestandtheil des denkbaren umfangreichsten Stoffes, muß vom Richter nach den für die Glaubwürdigkeit der Parteibehauptungen überhaupt geltenden Beweisregeln beurtheilt werden. Sind demnach die dem Richter vorliegenden Materialien an und für sich geeignet, die juristische Überzeugung von der Wahrheit der behaupteten Thatsachen zu gewähren, so darf und muß er freilich diese Thatsachen als wahr für den Zweck der summarischen Cognition gelten lassen und danach sein Erkenntnis abgeben, unbehindert durch die in ordinario unerläßliche Rücksicht auf die Möglichkeit der Entkräftung durch weitausgehenden Gegenbeweis; — sind aber die zum Vorschein gekommenen Materialien an und für sich gar nicht geeignet, so muß das, was als rechtliche Folge dieses Mangels überhaupt gilt, auch in summario gelten, ja es kommt hier, wo die Nothilfe des Erfüllungseides versagt ist, erst recht zu seiner vollen Geltung. So kann man auch sagen; den Beweis in summario charakterisiert die objective Beschränkung oder Unvollständigkeit, nicht die qualitative Abschwächung oder Unvollkommenheit der Beweisgründe».

(¹⁶⁴⁹) Como conclui I. SCHERER (*Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit., p. 35): «Pointiert legt Briegleb seine konträr zur h.M. stehende Auffassung dar: Nicht Wahrscheinlichkeit, sondern voller Beweis, also Gewißheit ist von der Bescheinigung gefordert; bleibt die Bescheinigung hinter dieser Anforderung zurück, ist der summarische Beweis nicht erbracht. Der Unterschied zwischen Bescheinigung und Vollbeweis liegt allein in der Beschränkung der Beweismittel im summarischen Verfahren: das Beweismaß ist hingegen dasselbe: Volle Überzeugung des Gerichts».

chicaneiro. Há uma terceira corrente, que classifica o «Summarischer Beweis und Vollbeweis als Wahrscheinlichkeitserwägungen», de que W. BRAUER é adepto, que é muito próxima da primeira, que apontava para a probabilidade e considerava que para a avaliação da medida de convicção necessária deveria ser importante a avaliação da natureza do prejuízo decorrente da decisão para o requerido e a ponderação. Assim, reconhecendo a impossibilidade de definir matematicamente o grau de prova, considerava que o grau mais baixo da probabilidade pressupõe a necessária natureza provisória e reversível da decisão, devendo ser-se mais exigente em relação às decisões a que faltasse tal natureza interina ⁽¹⁶⁵⁰⁾.

Na actualidade, a *Glaubhaftmachung* mantém a mesma controvérsia e, por isso, não tem sido unanimemente entendida pela doutrina, nem a jurisprudência tem conseguido apresentar critérios claros e uniformes de diferenciação entre este modelo de formação da convicção do juiz que é típico dos processos urgentes e o modelo que rege a formação da convicção do juiz de mérito. A doutrina maioritária afirma que a *Glaubhaftmachung* tem particularidades que respeitam ao *Beweismaß*, isto é, ao grau de intensidade da convicção do tribunal quanto à veracidade dos factos alegados que, nestes casos, se exige para que seja proferida uma decisão favorável a quem alega. Neste sentido, a posição actual maioritária da doutrina e da jurisprudência vai no sentido de que nestes casos se exige uma medida inferior de prova e um menor grau de convicção do juiz ⁽¹⁶⁵¹⁾. Aliás, neste preciso contexto do *Beweismaß*, a *Glaubhaftmachung* tem sido tratada pela jurisprudência ⁽¹⁶⁵²⁾ e pela doutrina como medida de prova inferior

⁽¹⁶⁵⁰⁾ W. BRAUER, «Entwicklung der Lehre von Bescheinigung im Civilprozesse», AcP, 25, pp. 322 ss. Seguimos de perto I. SCHERER, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit., pp. 30 a 36.

⁽¹⁶⁵¹⁾ Com efeito, F. BAUR/W. GRUNSKY (*Zivilprozeßrecht*, 10. überarbeitete Auflage, 2000, p. 165) escrevem: «durch den Beweis soll dem Richter die volle Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung vermittelt werden. Von der vollen Überzeugung zu unterscheiden ist die Glaubhaftmachung: Hier begnügt sich der Richter mit einem geringeren Grad von Gewißheit (“Wahrscheinlichkeit”). Sie reicht dort aus, wo das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht (wichtig vor allem im Arrest- und einstweiligen Verfügungsverfahren, §§ 920, 936). Mittel der Glaubhaftmachung sind alle Beweismittel, wenn sie sofort verfügbar (“präsent”) sind (§ 294, II), ferner die Versicherung an Eides statt (§ 294, I)». No mesmo sentido, G. BAUMGÄRTEL/H. PRÜTTING (*Einführung...*, cit., p. 61) escrevem, no contexto do «Beweismaß», se distingue a prova sumária («Glaubhaftmachung») da prova plena («Vollbeweis»): «Der Richter muß die volle Überzeugung von der Wahrheit der behaupteten Tatsachen gewinnen (§ 286, I). Soweit in besonderen Fällen die Glaubhaftmachung genügt (vgl. Z. B. §§ 920, II, 936), reicht ein geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit aus», sendo que «wichtigstes Mittel der Glaubhaftmachung ist die eidesstattliche Versicherung (§ 294, I)».

⁽¹⁶⁵²⁾ Como diz I. SCHERER (*Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit., p. 93): «Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung wird von der Rechtsprechung vielmehr in einem bestimmten Rahmen unterhalb des Vollbeweises flexibel gehandhabt».

à prova plena. A doutrina mais antiga, BAUR/GRUNSKY, por exemplo ⁽¹⁶⁵³⁾, classificava-a, por isso, como «semiplena probatio» ⁽¹⁶⁵⁴⁾.

Daqui resulta, pois, um aspecto caracterizador importante: no contexto do «Beweismaß», a *Glaubhaftmachung* aparece como modelo em que há redução («Reduzierung») de intensidade de convicção do tribunal quanto à realidade factual, opondo-se ao modelo da prova plena («Vollbeweis»), ou modelo comum ou ordinário de instrução («ordentlichen Erkenntnisverfahren»), no âmbito do qual impera o princípio da livre convicção do tribunal quanto à verdade dos factos alegados ⁽¹⁶⁵⁵⁾. Neste sentido, se as normas que regem este modelo de realização da prova e de formação da convicção do juiz fossem exactamente iguais aos da *Glaubhaftmachung* — e se, por conseguinte, se aplicassem aos processos sumários com função cautelar (aos processos das *einstweilige Verfügungen* e do *Arrest*) — haveria a anulação de uma das virtualidades dos processos sumários — a simplificação e aceleração — e haveria a duplicação de exames e a sobreposição de juízos. Além de que, o carácter provisório destas decisões combina com a natureza da *Glaubhaftmachung* e *vice versa* ⁽¹⁶⁵⁶⁾.

⁽¹⁶⁵³⁾ Neste sentido, F. BAUR/W. GRUNSKY, *Zivilprozeßrecht...*, cit., p. 158.

⁽¹⁶⁵⁴⁾ Sobre esta questão, H. PRÜTTING (in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Band 1, §§ 1-354, München, 1992, p. 1781), em anotação ao § 294 da ZPO, escreve o seguinte: «Im einzelnen enthält § 294 Anordnungen, wie diese besondere Art der Beweisführung zu erfolgen hat. Vor allem aber ergibt sich aus der Norm, daß an die Glaubhaftmachung einer tatsächlichen Behauptung geringere Anforderungen zu stellen sind als an den Beweis der Tatsache im Rahmen des § 286. Man hat deshalb früher die Glaubhaftmachung als eine “semiplena probatio” bezeichnet».

⁽¹⁶⁵⁵⁾ A este propósito, por exemplo, M. GEHRLIN (*Zivilprozessrecht...*, cit., p. 126) refere: «Im Prozess wird über Rechtsfragen, mehr aber noch über die Wahrheit oder Unwahrheit behaupteter Tatsachen gestritten. Beweisen bedeutet, dem Gericht die Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsache zu verschaffen.», sendo que, quanto ao «Beweismaß» o autor (p. 137) contrapõe e distingue o «Vollbeweis» da «Glaubhaftmachung». A prova plena é assim explicada: «Aus § 286 ZPO ergibt sich, dass der Beweis erst erbracht ist, wenn das Gericht die volle Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache gewonnen hat. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit reicht nicht aus. Allerdings wird nicht eine absolute, naturwissenschaftliche Gewissheit verlangt. Der Richter darf und muss sich in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen. Es genügt ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, dass vernünftige Zweifel schweigen». Já, para o autor, a *Glaubhaftmachung* corresponde a um outro grau de convicção: com efeito, «In gewissen Fällen nimmt das Gesetz einen geringeren Grad von Überzeugung hin und lässt eine *Glaubhaftmachung* genügen. Dabei reicht die überwiegende Wahrscheinlichkeit, “die gute Möglichkeit”, dass die Behauptung wahr oder unwahr ist. Eine bloße *Glaubhaftmachung* sehen etwa § 920, Abs 2, ZPO (*Arrest* und *einstweilige Verfügung*) vor. Die *Glaubhaftmachung* kann nur durch präsenste, sofort verfügbare Beweismittel erfolgen (§ 294, Abs. 2, ZPO)». Neben den fünf klassischen Beweismitteln kann sich der Beweisführer auch der eidesstattlichen Versicherung bedienen (§ 294, Abs. 1, ZPO)».

⁽¹⁶⁵⁶⁾ Como diz I. SCHERER (*Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit., 95): «Sowohl aufgrund der Gesetzesmaterialien als auch aufgrund von Zweck und Funktion der

É exactamente por isto que se considera que no processo sumário das providências asseguradoras (§ 920, II, *ex vi* § 936 da ZPO), a *Glaubhaftmachung* se traduz no facto de os pressupostos de que depende o decretamento destas medidas provisórias de natureza cautelar não precisarem de ser plenamente provados, nos termos da *Vollbeweis*, prevista no § 286 da ZPO. Aqueles pressupostos necessitam apenas de ser justificados e tornados credíveis (*glaubt-haft gemacht*) pelo requerente ⁽¹⁶⁵⁷⁾, sendo que com a expressão *Glaubhaftmachen* quer-se também dizer que o grau de convicção do juiz quanto à verificação daqueles pressupostos pode ser inferior àquele que seria necessário se o tribunal exigisse a sua prova plena, sendo, então, suficiente uma probabilidade menor de convicção do juiz quanto à existência dos factos alegados, podendo o juiz realizar um exame menos intenso quanto aos factos invocados que suportam a verificação daqueles pressupostos ⁽¹⁶⁵⁸⁾. E nisto há, como claramente se percebe, um ganho de tempo para quem requer a providência urgente.

2.4. Devemos reconhecer que esta expressão «exame sumário» é polisémica. E não obstante a *Glaubhaftmachung* estar vulgarmente associada à *Wahrscheinlichkeit* ou probabilidade, enquanto medida de convicção inferior à exigida pelo § 286 da ZPO, ou modelo da prova plena («*Vollbeweis*») ⁽¹⁶⁵⁹⁾,

Glaubhaftmachung ist hinsichtlich des Beweismaßes grundsätzlich von einer Reduzierung des für den Vollbeweis erforderlichen Beweismaßes auszugehen; ausreichend ist daher die Überzeugung des Richters vom Vorliegen einfacher überwiegender Wahrscheinlichkeit. Gerechtfertigt wird diese Beweismaßreduzierung durch die Tragweite der Entscheidung, die aufgrund einer Glaubhaftmachung ergehen kann: Diese hat typischerweise nur vorläufigen Charakter».

⁽¹⁶⁵⁷⁾ Como referem H. THOMAS/H. PUTZO (*ZPO, Zivilprozeßordnung...*, cit., p. 1427), «Die Glaubhaftmachung (Abs. II § 294) bedeutet gegenüber der Beweisführung im normalen Verfahren eine Erleichterung ist entbehrlich in den Fällen des § 921, II». Sendo também aplicável noutros momentos do processo de «Arrest». Por exemplo, nos termos do § 920, Abs. 3, da ZPO, o pedido pode ser formulado oralmente perante a secretaria do tribunal. E nos termos do § 944 da ZPO, nos casos urgentes e nos casos em que a providência cautelar é decretada *inaudita altera parte*, o Presidente do tribunal pode decidir, em vez deste, sobre o pedido formulado pelo requerente, sendo que «Dringender Fall bedeutet, daß die Entscheidung durch das Kollegium für den Gläubiger eine nachteilige Verzögerung mit sich bringt».

⁽¹⁶⁵⁸⁾ W. GRUNSKY (in: STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung...*, cit., em anotação ao § 920, ns. ms. 8 ss., esp. n. m. 10, pp. 374 a 376) defende que «im summarischen Verfahren ist die Beweisführung insofern erleichtert, als bloße Glaubhaftmachung genügt und kein Beweis zur vollen Überzeugung des Gerichts erforderlich ist». No mesmo sentido, vd. R. GEIMER/R. GREGER, in: *ZÖLLER-Zivilprozessordnung-Kommentar*, 23. Auflage, Köln, 2002, p. 838, em anotação ao § 294 da ZPO.

⁽¹⁶⁵⁹⁾ É o seguinte o conteúdo do § 286 da ZPO: («Freie Beweiswürdigung») (Abs. 1): «Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine

os conceitos apresentados surgem num quadro de muita complexidade e repetição doutrinária, onde falta concretização sobre a exacta intensidade do exame e da medida de prova considerada suficiente para que o tribunal considere certa factualidade justificada ou credível («glaubhaft gemacht»). Parece, assim, que a expressão «Glaubhaftmachung» também corresponde a celeridade no momento da avaliação da prova. Afinal, o que diferencia o juízo formado em termos de *Wahrscheinlichkeit*, típica dos processos sumários das providências com função cautelar, do juízo do processo de mérito, previsto no § 286 da ZPO, não será tanto a ausência total de prova ou a diferente valoração de cada específico meio de prova, e não apenas também o modo livre, breve e flexível de realização da prova, já que vinga o princípio da liberdade de forma, mas especialmente o grau inferior de convicção que o juiz está autorizado a formar no julgamento da matéria de facto, depois de apurado o resultado da prova ⁽¹⁶⁶⁰⁾.

Esta questão de qual deva ser o grau de convicção suficiente para que deva considerar-se os *facta probanda* justificados ou «glaubhaft gemacht» é mesmo complicada se entendermos que a doutrina não se entende quanto à amplitude da mesma. Como vimos nas considerações introdutórias, a propósito da figura que antecedeu a *Glaubhaftmachung* — a *Bescheinigung* —, verificámos que não foi possível à doutrina fixar um critério único para determinar a medida adequada para considerar suficientemente justificados os factos alegados. Ora, ao logo dos tempos, a doutrina foi variando na esco-

tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (Abs. 2): An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden». Tradução própria: (Livre apreciação de prova): (N.º 1): «O tribunal, tendo em conta o íntegro conteúdo dos debates e o resultado da prova eventualmente produzida, decidirá de acordo com a sua livre convicção sobre se as alegações de facto devem ou não ser consideradas verdadeiras. Na sentença, serão indicados os motivos que terão sido fundamentais para a formação da convicção do tribunal. (N.º 2): «O tribunal está sujeito a normas legais de prova apenas nos casos previstos nesta lei».

⁽¹⁶⁶⁰⁾ Para uma síntese, vd. W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., pp. 209 a 233, esp. pp. 223 a 225 e 228 a 231; S. VOGG, *Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit*, Berlin, 1991, pp. 78 a 85; E. SCHILKEN, *Die Befriedigungsverfügung*, Berlin, pp. 115 a 133, esp. p. 113.

⁽¹⁶⁶¹⁾ Sobre esta questão, H. PRÜTTING (in: *Münchener Kommentar...*, cit., p. 1781, em anotação ao § 294 da ZPO) escreve o seguinte: «Man hat deshalb früher die Glaubhaftmachung als eine “semiplena probatio” bezeichnet. Wenn auch heute solche Vorstellungen wie die Führung eines “halben” Beweises überholt sind, so findet doch die Frage nach der erfolgreichen Führung eines Beweises nunmehr ihre Fortsetzung in der Diskussion um den Grad der Wahrscheinlichkeit, der erreicht sei muß. Zwar hat sich bei dieser Diskussion gezeigt, daß eine genaue Zahlenangabe der erforderlichen Wahrscheinlichkeit nicht möglich und praktisch nicht hilf-

lha desses critérios (1661). A mais antiga considerava que *summatim cognoscere* outra coisa não poderia significar senão a necessária substituição da certeza pela simples probabilidade («blosse Wahrscheinlichkeit»), sendo, contudo, variável a intensidade da probabilidade considerada necessária e sendo igualmente variáveis os critérios subjacentes à avaliação desse intensidade (1662). Actualmente, a doutrina dominante tende a fazer corresponder essa medida de prova sumária à «überwiegende Wahrscheinlichkeit», ou seja, considera suficiente a preponderante probabilidade sobre a verificação dos factos alegados. E as razões apontadas são a diminuição da medida da prova em geral, a natureza da decisão em particular, uma vez que se trata de decisões com carácter urgente e provisório e de decisões que podem ser proferidas sem a audição prévia do requerido.

Na actualidade, e porque se tem em conta os interesses opostos de ambas as partes, a posição dominante inclina-se, pois, para exigir uma probabilidade significativa ou preponderante («überwiegende Wahrscheinlichkeit»), sendo que a este propósito, um pouco na sequência da jurisprudência, há posições doutrinárias distintas, algumas minoritárias. Há uma posição minoritária que vem

reich ist, dennoch kann in dem weiten Spektrum von der extrem hohen Wahrscheinlichkeit über die hohe Wahrscheinlichkeit, die überwiegende Wahrscheinlichkeit und die geringe Wahrscheinlichkeit bezüglich des Beweismaßes der Glaubhaftmachung aus heutiger Sicht eine bestimmte Abstufung zugewiesen werden, nämlich die überwiegende Wahrscheinlichkeit. Dies ergibt sich bereits daraus, daß einerseits für die Glaubhaftmachung eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit (vergleichbar dem Beweismaß des § 286, Abs. 1, ZPO) nicht verlangt werden kann, daß aber andererseits ein Richter, der das Gegenteil der behaupteten Tatsache für wahrscheinlicher hält als die Behauptung (“geringe Wahrscheinlichkeit”), im eigentlichen Sinne des Wortes die behauptete Tatsache nicht für glaubhaft ansehen wird».

(1662) A este propósito, vd. O. JAUERNIG, *Zivilprozeßrecht...*, cit., p. 198; M. GEHRLEIN, *Zivilprozessrecht...*, cit., n. m. 27, p. 137; W. GRUNSKY, in: *STEIN/JONAS, Kommentar...*, cit., ns. ms. 8 ss., esp. n. m. 10, pp. 374 a 376. Por exemplo, W. SCHUSCHKE (in: W. SCHUSCHKE/W.-D. WALKER/D. SCHMUKLE, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar zum Achten Buch der Zivilprozeßordnung, Band II, Arrest und Einstweilige Verfügung*, §§ 916-945 ZPO, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999), escreve a este propósito (em anotação ao § 935, n. m. 9, pp. 356 ss.) o seguinte: «Eine Tatsache ist glaubhaft gemacht, wenn aufgrund der vorgelegten Glaubhaftmachungsmittel (§ 294 ZPO) die “überwiegende Wahrscheinlichkeit” besteht, daß sie zutrifft». E, no mesmo sentido, P. HARTMANN (in: A. BAUMBACH/W. LAUTERBACH/J. ALBERS, *Zivilprozeßordnung, Kurzkomentar*, Band 1, 59. neubearbeitete Auflage, München, 2001, anotação ao § 294, n. m. 1, p. 1048) ao pretender definir «Glaubhaftmachung», começa por invocar PLATÃO: «Ich weiß aber, daß die Reden, die sich nur auf die Wahrscheinlichkeit stützen, Geschwätz sind und...», einen gar leicht täuschen». E, depois, refere que esta «ist ein geringerer Grad der Beweisführung», sendo que «Beweis ist eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit (§ 286)» e «Glaubhaftmachung ist weniger, nämlich nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit». E, finalmente, sintetiza: «Dabei ist eine Überspannung zu vermeiden».

defendendo uma maior flexibilidade na apreciação dos pressupostos e na fixação do grau de prova, tendo em conta, designadamente, a ponderação dos interesses de ambas as partes. Continua a existir a corrente que faz corresponder o conceito de justificação à ausência de comportamento precipitado por parte do requerente e existe igualmente aquela outra que identifica a *Glaubhaftmachung* com a prova plena. Finalmente, há ainda uma corrente doutrinal que vai no sentido de considerar a medida de prova necessária para a *Glaubhaftmachung* numa dupla perspectiva: assim, para casos em que a decisão deixa em aberto a apreciação da situação jurídica que é objecto da causa principal, tem-se considerado suficiente que a situação jurídica da causa principal pareça, pelo menos, possível. Já em relação àquelas em que não há nenhuma dúvida sobre a situação processual é possível configurar a formação de uma convicção tão intensa quanto a que é típica da «Vollbeweis» (1663). A consideração dos interesses de ambas as partes, a proximidade entre a decisão provisória e a decisão de fundo, a intensidade da agressão na esfera do requerido e a possibilidade de a decisão provisória causar uma definitividade de facto, todos estes aspectos são argumentos invocados a favor da flexibilidade da avaliação do grau de probabilidade necessário nos processos de *Glaubhaftmachung*. Neste contexto, cumpre destacar a aceitação generalizada de um princípio gradualista em torno da probabilidade e da medida da probabilidade preponderante, tendo este sido também integrado nos processos urgentes. Defende-se, pois, neste contexto, que o juiz deve adoptar um conceito flexível de probabilidade, podendo este variar entre um baixo e um alto grau, atendendo às especificidades do caso concreto (1664).

Esta tem sido também a posição da jurisprudência dos tribunais. Inicialmente, a jurisprudência não conseguiu chegar a uma posição uniforme

(1663) Para uma síntese, vd. W.-D. WALKER, in: W. SCHUSCHKE/W.-D. WALKER/D. SCHMUKLE, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., em anotação ao § 920, ns. ms. 14 ss., pp. 78 ss.; IDEM, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., pp. 209 a 233, esp. pp. 223 a 225 e 228 a 231; K. REICHOLD, in: H. THOMAS/H. PUTZO/K. REICHOLD/R. HÜSTEGER, *Zivilprozessordnung*, 24. neubearbeitete Auflage, München, 2002, anotação ao § 920, n. m. 4, p. 1518; I. SCHERER, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit., pp. 39 ss.

(1664) Sobre este assunto, vd. T. STOLZ, *Einstweiliger Rechtsschutz und Schadensersatzpflicht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, p. 57; R. BENDER («recensão a R. MOTSCH, *Vom rechtsgenügenden Beweis, Zur Entscheidung von Zivilsachen nach Wahrscheinlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Abstammungsfeststellung*, Duncker und Humblot, 1983), JZ, 8, 1984, pp. 371 e 372. A este propósito, considera-se que o grau de probabilidade deve variar entre um baixo nível e um altíssimo grau («geringe Wahrscheinlichkeit» ou pouca probabilidade (Superior a 25%), «überwiegende Wahrscheinlichkeit» ou probabilidade preponderante (superior a 50%), «hohe Wahrscheinlichkeit» ou probabilidade alta (superior a 75%) e «Sicherheit Wahrscheinlichkeit» ou quase certeza (superior a 99,8%), tendo em conta as circunstâncias do caso.

quanto à força probatória da justificação ou demonstração da verosimilhança. Só mais recentemente foi encontrada uma fórmula nos termos da qual a força probatória da *Glaubhaftmachung* residia na «überwiegenden Wahrscheinlichkeit». Apesar desta fórmula, supostamente mais clara, o grau de exigência foi variando de caso para caso. A determinação da medida da prova necessária tem vindo a variar conforme os critérios escolhidos, sendo que a ponderação de interesses, a proximidade entre a decisão provisória e o conteúdo da decisão principal e a intensidade de ingerência na esfera do requerido são apenas alguns dos mais frequentes. O risco de a decisão judicial adoptada com base na *Glaubhaftmachung* causar danos irreparáveis aos interesses do requerido foi sendo eleito como critério determinante para fixar o grau de probabilidade suficiente, introduzindo flexibilidade na sua apreciação. Contudo, como refere SCHERER, o papel preponderante do critério dos «danos irreparáveis» foi-se apresentando como método enganador: generalista, pouco preciso e pouco seguro. De resto, a medida de prova exigida pela demonstração da verosimilhança (*Glaubhaftmachung*) deve ser avaliada com flexibilidade e sempre num grau inferior ao da prova plena ⁽¹⁶⁶⁵⁾.

Neste sentido, porque o juiz tem de formar uma convicção e porque não há uma medida válida para todos os casos, SCHERER considera que a medida de prova resultante da *Glaubhaftmachung* tem de ser definida de forma diferente da tradicional: terá de ser constituída como uma medida regra de prova — «Regelbeweismaß» — que admite excepções concretas. Ou seja, por outras palavras, deve corresponder ao mesmo *Konstruktionsprinzip* que subjaz à prova plena. E, assim, como medida de prova normal, a *Glaubhaftmachung* exige a convicção do juiz sobre a existência dos factos alegados em termos de probabilidade preponderante. Contudo, e por causa das decisões definitivas de facto, SCHERER faz apelo à excepção ⁽¹⁶⁶⁶⁾. Com efeito, nos casos concretos, o juiz tem de avaliar se a decisão requerida é susceptível de criar uma situação de facto definitiva. Se assim for, este tem de exigir um grau de probabilidade tão elevado quanto aquele que se exigiria se fosse legalmente fixado

⁽¹⁶⁶⁵⁾ A este propósito, vd. I. SCHERER, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit., pp. 19 a 28, esp. p. 93.

⁽¹⁶⁶⁶⁾ Com efeito, I. SCHERER (*Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit., p. 93) refere o seguinte: «Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung muß daher völlig anders als bisher üblich definiert werden: Es ist konstruiert als Regelbeweismaß mit Ausnahmen, folgt demselben Konstruktionsprinzip, das auch dem Vollbeweis zugrunde liegt. Als Regelbeweismaß fordert die Glaubhaftmachung richterliche Überzeugung vom Vorliegen überwiegender Wahrscheinlichkeit; in dem praktisch sehr relevanten Ausnahmebereich der de facto endgültigen Entscheidung ist hingegen richterliche Wahrheitsüberzeugung entsprechend dem für den Vollbeweis nötigen Beweismaß erforderlich».

o grau de probabilidade determinado para a prova plena. Nestas situações, o juiz terá de indeferir o pedido se, através do procedimento de *Glaubhaftmachung*, não ficar convencido sobre a verdade da factualidade alegada ⁽¹⁶⁶⁷⁾.

3. Pontos de encontro

Apurado que o conceito de processo sumário é distinto do de cognição sumária, uma vez que este pressupõe a prévia existência de um regime legal específico que tanto concretize princípios e normas especiais quanto à prova como quanto à forma procedimental de aquisição do material probatório sobre o qual deverá formar-se a convicção do juiz, configurando, em suma, uma disciplina excepcional de produção e julgamento de prova, vamos relembrar, de forma sintética, dois aspectos relacionados com o processo sumário alemão, através do qual se decreta a tutela jurisdicional urgente e provisória — *einstweilige Rechtsschutz*. Como vimos, aquele processo urgente («Eilverfahren») beneficia de especiais características de sumariedade procedimental e de sumariedade cognitiva, sendo, pois, neste contexto, classificados como processos sumários («summarische Verfahren») ⁽¹⁶⁶⁸⁾. Assim, por exemplo, escapando (pelo menos num primeiro momento) à aplicação total do princípio do contraditório e de outros princípios que regem o processo de instrução dito ordinário, tais como os referentes à repartição do ónus (de alegação e) da prova ⁽¹⁶⁶⁹⁾, este tipo de processo beneficia da sumariedade procedimental, sendo que esta se manifesta de diversas formas, a saber: pelo seu carácter acelerado e simplificado, por exemplo, que decorre designadamente da tramitação simplificada e acelerada, flexível e passível de abreviação em função dos níveis da urgência, pela previsão de prazos curtos para realização de actos processuais e para a realização da audiência contraditória, pela possibilidade de dispensa de realização da audiência contraditória, pela previsão do processo de execução acelerada e pela possibilidade de aplicação da *Glaubhaftmachung*, nos termos do § 294 da ZPO.

⁽¹⁶⁶⁷⁾ I. SCHERER (*Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*), cit., p. 93) entende que: «Im konkreten Fall muß der erkennende Richter prüfen, ob die begehrte Entscheidung de facto endgültig sein wird. Ist dies der Fall, so hat er die dem Vollbeweis entsprechenden Anforderungen an die Glaubhaftmachung zu stellen. Wird er daher durch die Glaubhaftmachung nicht von der Wahrheit der Tatsachenbehauptung überzeugt, so hat er den Antrag zurückzuweisen».

⁽¹⁶⁶⁸⁾ W. GRUNSKY, «Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes...», cit., p. 277.

⁽¹⁶⁶⁹⁾ Sobre este assunto, vd. G. A. ULRICH, «Die Beweislast in Verfahren...», cit., pp. 201 a 211; H. SCHÄFER, «Über die Zurückweisung...», cit., pp. 979 a 981; H.-G. BORCK, «Das rechtliche Gehör...», cit., pp. 908 a 915.

E, neste sentido, e por causa da *Glaubhaftmachung*, enquanto modalidade especial de demonstração da credibilidade dos factos, este tipo de processo urgente beneficia também da sumariedade em termos de cognição. Com efeito, porque esta especial modalidade de prova permite alcançar uma simplificação, acompanhada de flexibilidade e liberdade de conformação, e uma aceleração quer quanto à demonstração dos factos, assumindo, aqui, as declarações sob juramento um papel especial, quer quanto ao grau de intensidade da prova que neste caso se exige para considerar credíveis os factos alegados, a *Glaubhaftmachung* traduz uma das mais significativas especificidades dos processos urgentes previstos no panorama legislativo alemão para decretamento do *Arrest* e das *einstweilige Verfügungen*. Assim, cumpre reforçar esta ideia: valendo, neste caso, a mera justificação dos pressupostos de decretamento da decisão urgente, nos termos do § 920, II, da ZPO, o legislador considera suficiente um grau inferior de convicção quanto à factualidade que sustenta os pressupostos, valendo a probabilidade (ou probabilidade preponderante, cabendo ao juiz medir livremente se a demonstração feita é suficientemente credível para considerar os factos existentes — sendo necessário que o espírito do julgador tenda mais para considerar verdadeira a alegação do requerente do que o contrário. Ora, a *Glaubhaftmachung* combina na perfeição com o carácter urgente do processo e com o carácter sumário e provisório daquele tipo de decisões.

Também no sistema francês de *référé*, a sumariedade da cognição tem, sem dúvida alguma, uma relação muito próxima com a diminuição do contraditório ou com a ausência de todo ele, em casos específicos. Com efeito, no sistema francês, coexistem dois tipos de processos simplificados relacionados com a urgência, um deles que respeita o princípio do contraditório («une procédure contradictoire») e que traduz o modo normal de actuação sumária, a *procédure des référés*, como se percebeu das considerações anteriores, e o outro que decorre sem que o contraditório aconteça num primeiro momento. Assim, a «procédure des ordonnances sur requête» é uma «procédure unilatérale» e responde ao «fenómeno do contencioso invertido»: decide-se de imediato e discute-se depois, pelo menos se o destinatário da medida ainda entender que há algo para discutir. E a sumariedade também decorre da limitação de meios de prova. Assim, como vimos, a ciência processual francesa discute a admissibilidade de certos meios de prova no processo de *référé*. E as dúvidas decorrem do facto de o processo de *référé* ser um processo urgente e desembocar numa decisão provisória. E, assim, discute-se, designadamente, se o *juge du provisoire* pode ordenar a comparência pessoal das partes («la comparution personnelle des parties»), uma vez que esta medida instrutória conduz à obtenção da confissão («aveu»). Ora, é opinião corrente que, como a decisão de *référé* é provisória, ela se mostra de todo incompatível com o carácter irrevogável da confissão, bem como também se entende que a confissão se mostra incompatível com a natu-

reza do processo que desemboca numa decisão que é desprovida de autoridade de caso julgado perante a causa principal. Também no contencioso administrativo, a urgência impõe limites, revelando-se tal incidência quer na diminuição da duração do contraditório, quer no seu conteúdo.

§ 3. A *SUMMARIA COGNITIO*: CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. Critérios de identificação do *modus procedendi* sumário. 2. Critérios de identificação da *summaria cognitio*. 3. Critérios de identificação do *accertamento* sumário (*summatim cognoscere*)

0. Introdução

É um facto que a *summaria cognitio* é em todos os tempos associada a duas expressões: simplificação e aceleração. E, tendo como ascendente figuras existentes no *ius romanum*, a *sumariedade* foi sendo invocada sem rigor jurídico, ao longo dos tempos. Assim, uma vez empregue para caracterizar o *modus procedendi* de um determinado processo especial, outra vez invocada para designar o tipo de «cognição não completa» ou tipo de «cognição não plena», que precede a emissão de uma decisão judicial, normalmente provisória e que é ditada por razões de urgência, e, outra vez ainda, utilizada para qualificar o tipo de *accertamento qualitativamente mais reduzido* (porque provisório) que o juiz está autorizado a realizar em situações especiais, o conceito latino foi sendo desfigurado e foi assumindo uma natureza falaciosa. Aliás, tal faceta enganadora e enigmática remota ao *ius romanum*, especialmente ao direito justinianeu, acompanha toda a exegese desenvolvida posteriormente pelas sucessivas escolas romanistas, quer as do oriente quer as do ocidente, e é especialmente revelada no estudo desenvolvido pela Escola Histórica alemã dogmático-pandectística. E o carácter falacioso mantém-se. E são três as razões que sustentam os equívocos, a saber: não estabelecer a diferença entre o processo sumário e o processo sumário de cognição sumária; elaborar a teoria geral da prova sumária e da cognição sumária a partir do domínio da tutela cautelar, tomando a parte pelo todo e deixando de autonomizar a questão da cognição sumária *tout court*; reiterar a afirmação da distinção da cognição sumária cautelar a partir de equívocos, sendo que, neste contexto, não proceder à cisão entre o julgamento da *quaestio facti* e o julgamento da *quaestio iuris* reforça o erro na compreensão do conceito de sumariedade.

Em Itália, por exemplo, porque o conceito de *summaria cognitio* não surge apenas circunscrito ao domínio da tutela cautelar, como acontece sobretudo entre nós, já é possível vislumbrar a afirmação de um conceito técnico-

-jurídico de sumariedade, sendo que tal conceito não é elaborado no domínio restrito da tutela sumária cautelar. Assim, as diversas modalidades de tutela sumária encontram no c.p.c. uma disciplina comum no Livro IV, sendo, por isso, mais fácil combater os equívocos da doutrina tradicional. Já, entre nós, porque a expressão *summaria cognitio* foi sendo empregue pela doutrina portuguesa apenas no contexto da tutela cautelar e para designar tanto a natureza sumária do procedimento como a natureza sumária do conhecimento, sendo que, ainda neste contexto, estes conceitos foram sendo associados ao juízo sumário, é mais difícil apurar o conceito técnico-jurídico de sumariedade. Unindo todas as figuras numa, a *summaria cognitio* é sobretudo associada à tutela cautelar e ao conceito de prova menos convincente ou prova que autoriza o juiz a decidir tendo por base um grau inferior de convicção quanto à realidade dos factos. Neste contexto, a *summaria cognitio* foi igualmente reconduzida pela dogmática para o julgamento da questão jurídica, qualificando-o como juízo de verosimilhança ou juízo hipotético, sendo, em qualquer caso, sinónimo de *accertamento de qualidade inferior*. Assim, justificado por razões de urgência, este conceito foi definitivamente associado à cognição sumária cautelar, tendo sido transformado num dos maiores enigmas do domínio processual.

Se é um facto que a *summaria cognitio* foi sendo vulgarmente compreendida sem rigor jurídico também não é menos verdade que, em certos momentos, a ciência do direito processual quis pôr fim à metodologia tradicional de natureza tautológica e procurou estabelecer o *proprium* daquela figura, tendo-se destacado neste missão a ciência jurídica romanística do século XIX, incluindo a pertencente à Escola histórica alemã (*maxime* a dogmático-pandectística) ⁽¹⁶⁷⁰⁾. Assim, procurando resgatar os princípios qualitativos da *summaria cognitio* e da prova *prima facie*, a partir do estudo da figura constante do direito justinianeu — a *summatim cognoscere* —, alguns autores daquela escola vieram revelar as diferenças entre o «processo sumário» e a «cognição sumária». E os critérios escolhidos para proceder a tal distinção revelam-se, hoje, particularmente importantes para apurar um conceito tendencialmente unitário de sumariedade cognitiva, tendo tal rol de critérios sido retomado por alguns sectores da escola italiana (1).

⁽¹⁶⁷⁰⁾ A este propósito, vd. H. K. BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie des summarischen Processes*, Leipzig, 1859, §§ 53-65, pp. 238 ss.; G. W. WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 2. Aufl., Leipzig, 1865, § 29: von der Bescheinigung (*summatim cognoscere*), pp. 273 ss.; B. BIONDI, «*Summatim cognoscere*», *BIDR* (30), 1921, pp. 220 a 258; H. KRÜGER, «*Das summatim cognoscere und das klassische Recht*», *SZ* (45), 1925, pp. 39 a 96; CH. LEFEBVRE, *Les origines Romaines de la procédure sommaire aux XII et XIII siècles*, *Ephemerides Iuris Canonici Romae*, 12, 1956; D. SIMON, «*Summatim cognoscere. Zwölf Exegesen*», *SZ* (83), 1966, pp. 142 a 218.

Assim, afastada definitivamente a junção entre os conceitos de «processo sumário» e de «processo sumário de cognição sumária», já que esta «confusão anula a *summaria cognitio*» (1671), a noção de processo sumário pressupõe a consideração da regulação do *modus procedendi*, em termos que o processo pode definir-se como sumário quando se desenvolve segundo formas e termos simplificados, por contraste com os previstos para o processo dito ordinário ou comum (1672). E, assim também, quer esta simplificação resulte directamente da lei, quer decorra da determinação discricionária do juiz, segundo parâmetros, mais ou menos precisos, configurados na lei, a divergência entre o rito do processo sumário e o rito do processo ordinário não vai além da simplificação e da abreviação, não havendo na disciplina que o rege qualquer alteração que interfira com o regime regra de instrução e produção prova (1673). E, assim finalmente, o conceito de *sumariedade procedimental* pressupõe que o carácter sumário do procedimento não constringe (não limita ou não derroga) os princípios e as normas que regem o procedimento ordinário de instrução e produção de prova. Ora, partindo, pois, deste critério, fácil é perceber que o conceito de processo sumário de cognição sumária, ou processo sumário *tout court*, pressupõe a existência de um regime legal específico que concretize princípios e normas especiais quanto ao momento ou fase de instrução e produção de prova, entendido este tanto num sentido cronológico como lógico. E, assim, pressupõe a existência de uma disciplina especial para o procedimento probatório, entendido em sentido amplo, quer quanto à forma procedimental de aquisição do material probatório sobre o qual se deverá formar a convicção do juiz, quer quanto ao tipo de prova, configurando, em suma, uma disciplina especial do procedimento probatório (1674) — uma disciplina que se

(1671) Neste sentido, L. LOMBARDO, «Natura e caratteri...», cit., p. 479.

(1672) Neste sentido, vd. V. COLESANTI, «Principio del contraddittorio...», cit., pp. 581 ss.; L. LOMBARDO, «Natura e caratteri...», cit., p. 483; A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 236 ss.

(1673) Segundo LEBRE DE FREITAS *et al.* (J. LEBRE DE FREITAS/A. MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *Código de Processo Civil...*, cit., p. 393) a expressão instrução do processo tem um sentido cronológico e um sentido lógico. Assim no sentido cronológico a instrução processual engloba um conjunto sequente de actos processuais, compreendidos entre a fase da condensação e a fase da discussão e julgamento, iniciando-se tal fase com o cumprimento do artigo 512.º (quando os meios de prova não tenham sido indicados na audiência preliminar) e prolongando-se ainda pela audiência final. Num sentido lógico, constituem actos de instrução a produção antecipada de prova (artigo 520.º), o requerimento de prova, a apresentação e a impugnação de documentos nos articulados, a audição oficiosa de partes ou testemunhas depois da discussão da matéria de facto (artigo 653.º, n.º 1, do CPC) e a apresentação de documento em instância de recurso (artigos 524.º, 712.º, n.º 1, e 727.º do CPC).

(1674) Partimos do conceito de procedimento probatório de MANUEL DE ANDRADE (*Noções elementares...*, cit., p. 206). Assim, enquanto esquema de actos processuais relativos à utili-

revela como excepcional perante aquela outra, em termos que o «conteúdo mínimo do contraditório» ⁽¹⁶⁷⁵⁾ pode mesmo ser posto em causa (2.).

Enfim, apurado o elenco de modalidades da sumariedade e enumerado o rol aproximativo de instrumentos através dos quais se concretiza a sumariedade cognitiva, independentemente de se estar ou não no domínio restrito da tutela cautelar, eis que se chega ao *punctum crucis* do nosso problema, que é saber se é possível afirmar que toda a cognição sumária traduz uma diminuição da intensidade do julgamento da matéria de facto e da matéria de direito, como seria suposto pensar se acolhêssemos a doutrina *calamandreiana* e passássemos a tomar o todo pela parte. Com efeito, estendendo a compreensão relativa à cognição cautelar às demais modalidades de tutela sumária, há um sector da ciência processual europeia que tende a considerar que as modalidades de sumariedade e os instrumentos de sumariedade cognitiva determinam a intensidade da convicção do julgador e influem na qualidade do *accertamento*.

Nesta encruzilhada, tendo procurado perceber em que momento a história deixou de ser bem contada, cumpre optar por um caminho. E esse caminho leva-nos a separar, em primeiro lugar, o processo sumário do processo sumário de cognição sumária, sendo que a sumariedade procedimental pode ser justificada tanto por razões de urgência como por outra ordem de razões, sem que os instrumentos de concretização da sumariedade procedimental variem de modo essencial. Depois, cumpre aceitar a sumariedade cognitiva tanto por razões de urgência como por outra ordem de razões, sendo certo que as modalidades de concretização da sumariedade da cognição podem variar, adequando-se à situação que é carente de tutela e moldando-se em função da situação de urgência. Ainda assim, acolhe-se um conceito tendencialmente uniforme de cognição sumária, sendo que tal conceito pressupõe aceleração e redução quantitativa da prova mas não pressupõe obrigatoriamente diminuições da qualidade dos *accertamentos* da *quaestio iuris* e da *quaestio facti*. Assim, a prova sumária encontra-se a montante da instrução e produção probatória e não convém, nem por razões de urgência, transferi-la para jusante desse momento.

E, finalmente, resta reconhecer que a cognição sumária que é realizada no processo cautelar é detentora de especificidades, sendo que essas mesmas

zação de um meio de prova, este conceito pode ser entendido em sentido amplo ou em sentido restrito. Assim, em sentido amplo, o procedimento probatório integra as fases de fixação do objecto da actividade probatória, de fixação dos meios de prova, produção de prova e apreciação da prova. Já num sentido restrito, o procedimento probatório não inclui a aquela primeira fase de fixação do *thema probandum*, que corresponde à fase de alegação, ou seja à fase dos articulados.

⁽¹⁶⁷⁵⁾ Neste sentido, vd., por exemplo, V. COLESANTI, «Principio del contraddittorio...», cit., pp. 599 ss.

especificidades decorrem designadamente da intensidade da urgência e da concretização no mesmo processo das técnicas da acessoriedade-instrumentalidade e da provisoriedade. E aqui a especificidade pode revelar-se tanto a montante do procedimento probatório, na medida em que a especial urgência pode acelerar e reduzir objectivamente a prova, sendo que a especificidade não pode transferir-se para o julgamento da matéria de facto, uma vez que este é, em qualquer caso, um julgamento ordinário, tendente a atingir a probabilidade, já o mesmo não podendo dizer-se do exame de conclusão. Assim, em comparação com os demais processos sumários *tout court*, uma das especificidades da *summaria cognitio* do processo cautelar decorre do facto de a acessoriedade-instrumentalidade e a provisoriedade deste processo impedirem o juiz de realizar um exame de conclusão completo, devendo bastar-se com uma subsunção provisória dos factos ao direito material a aplicar. Só aqui faz sentido a expressão juízo sumário, enquanto sinónimo de juízo provisório (3.).

1. Critérios de identificação do *modus procedendi* sumário

O próprio nome o indica: a *summaria cognitio* remonta ao *ius romanum*. Contudo, nem sempre compreendida uniformemente no quadro do *ius* clássico, a divergência quanto ao sentido da *summaria cognitio* acentua-se no momento em que se realiza o projecto compilador de Justiniano, tendo tal figura sido incorporada no *Corpus Iuris Civilis*, revelando-se em diversas fontes do Digesto como *summatim cognoscere*. Na verdade, a divergência acentua-se posteriormente, durante o período de superveniência do *Ius Romanum*, mormente durante o período do *Direito Romano Bizantino* e durante o período do *direito pandectístico*. Assim, a partir de diferentes perspectivas, a leitura do fragmento atribuído a Ulpianus, constante do Digesto, foi dando origem a diferentes entendimentos do sentido a atribuir à figura de *summatim cognoscere*, sendo que tal divergência vai-se agravando ao mesmo tempo que se deixa de interpretar o Texto original e se procede à exegese das interpolações, glosemas e glosas, introduzidas no texto do *Corpus Iuris Civilis*. De um modo geral, podemos dizer que a ciência jurídica romanística apresenta duas faces à *summatim cognoscere* do direito justinianeu (1676). Assim, a *summa-*

(1676) Segundo H. K. BRIEGLER (*Einleitung in die Theorie...*, cit., p. 171): «Der summarische Process beruht auf dem Princip der Prima-facie-Cognition, ermäßigt durch die Zulassung unverzüglich evidenter Defensionen», sendo que da sua interpretação das fontes («Quellenexegesen») do *Corpus Iuris Civilis* resultou um princípio geral, segundo o qual o demandante ou autor deveria no mínimo provar os pressupostos do seu direito: «der Kläger wenigstens die

tim cognoscere é sobretudo sinónimo de processo especial de tramitação que, suprimindo certas regras estabelecidas para o processo ordinário, prescinde do cumprimento de certas garantias das partes, revelando-se a simplificação na abreviação dos termos legais e das fases (incluindo a comparência em juízo) e na simplificação da prova. Assim, o processo sumário de matriz justinianeia corresponde a um processo de cognição especial para certas matérias ou para certas situações em relação às quais a rapidez exige facilitar a cognição ⁽¹⁶⁷⁷⁾, sendo certo que segundo uma corrente a simplificação traduz diminuição da intensidade qualitativa da cognição e segundo a outra a simplificação traduz apenas uma redução quantitativa do material probatório ⁽¹⁶⁷⁸⁾. Enfim, se o *interdictum* clássico era um processo destinado a submeter o intimado sem demora a uma medida de injunção, sendo que a *summaria cognitio* poderia assentar na alegação do requerente e dispensar uma prévia investigação da fidedignidade da narração do queixoso, nas *Digesta* ou *Pandectae*, o processo de *summatim cognoscere* é uma categoria de acção fundamentalmente caracterizada pela simplicidade com que se desenvolve e pela aceleração e diminuição relativas ao alcance da prova ⁽¹⁶⁷⁹⁾.

Voraussetzungen der Entstehung seines Klagrechts beweisen müsse». É claro que esta posição não abalou a instituída por SAVIGNY e por BETHMANN-HOLLWEG (*Der Römische Civilproceß*, band 3, 1866). Contudo, manteve-se aberta a questão na Escola Pandectística, variando entre a identificação da *summatim cognoscere* com a mera justificação («Bescheinigung») e a redução objectiva do procedimento de demonstração dos factos.

⁽¹⁶⁷⁷⁾ A propósito da configuração da *summaria cognitio* no direito ROMANO, vd. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato ROMANO*, 4.^a ed., Torino, 1993, p. 131; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto ROMANO*, 14.^a ed. (reimp.), Napoli, 1994, p. 157. Cumpre dizer que o direito ROMANO clássico consagrava a figura do *interdictum* e que no âmbito desta figura a *summaria cognitio* poderia ir ao ponto de assentar na alegação do requerente, podendo prescindir-se de «uma prévia investigação no sentido de verificar a fidedignidade das circunstâncias narradas pelo queixoso». Assim, a este propósito, A. BURDESE (*Manuale...*, cit., p. 131) integra a *summaria cognitio* «(o *summatim cognoscere*)» no grupo dos processos de cognição especial, sendo que esta «si fa luogo per determinate materie o comunque in casi per i quali appaia necessario facilitare un più rapido svolgimento procedurale». Segundo o autor, «la *summaria cognitio* tramite inosservanza di regole diverse proprie del processo classico, non è possibile distinguere fra *summatim cognoscere* e *summaria cognitio*». Sobre este tema, vd. D. SIMON, «*Summatim cognoscere...*», cit., pp. 143 e 144.

⁽¹⁶⁷⁸⁾ A este propósito, SAVIGNY, em 1848, veio contestar a opinião que BRIEGLEB havia manifestado como sendo contrária à sua (*Summatim cognoscere quid et quale fuerit apud ROMANOS*, *Disputatio*, Erlangen, 1843), dizendo que «Die Bedeutung des *summatim* geht stets auf die bloße Bescheinigung, nicht auf die objective Beschränkung der Untersuchung». A este propósito, B. BIONDI («*Summatim cognoscere...*», cit., pp. 220 ss.) escreve que: «se il concetto di prova legale o formale è completamente estraneo al processo classico, non è possibile distinguere fra prova piena e prova semipiena o *summaria*». Sobre este tema, vd. D. SIMON, «*Summatim cognoscere...*», cit., pp. 143 e 144.

⁽¹⁶⁷⁹⁾ A este propósito, V. ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni...*, cit., p. 157) menciona precisamente o seguinte: «col nome di *summaria cognitio* (o con *summatim cognoscere*) s'indica un processo

Contudo, se, como se apontou nas considerações introdutórias, é um facto que, ao longo dos tempos, a *summaria cognitio* é vulgarmente invocada sem absoluto rigor jurídico também não é menos verdade que a partir do século XIX há uma preocupação em descobrir o *proprium* daquela figura. E, assim, principalmente na Alemanha, houve de facto, um momento em que a ciência do direito processual sentiu necessidade de precisar critérios técnico-jurídicos de distinção entre o «processo sumário» e a «cognição sumária, assumindo a figura de *summatim cognoscere* de matriz justinianeia como figura-modelo de cognição sumária própria do *ius romanum*, afastando a figura clássica onde o *summatim cognoscere* significava sobretudo cognição provisória (interina, não-prejudicial). E a partir daquela, estabeleceu os critérios distintivos da cognição sumária, aplicando-os ao direito vigente. E, também neste contexto, a doutrina veio associar a necessidade de a lei processual prever processos estruturalmente distintos dos que integravam o modelo da tutela ordinária e processos que sendo estruturalmente distintos também deveriam concretizar a *summaria cognitio*. Revelando-se como verdadeiros processos sumários, a urgência era só mais um factor determinante da sua previsão (1.1).

Este tipo de critério clássico serve também hoje. E é a partir dele que a ciência do direito processual procura solucionar o problema da distinção entre o processo sumário e a cognição sumária, visando, assim, solver um problema que se agravou durante o contencioso moderno, visto que o legislador foi semeando a figura da sumariedade em múltiplos processos especiais, tendo alargado os factores determinantes dessa concretização. E, portanto, retomando uma questão antiga, há sectores da ciência do direito processual actual que vieram igualmente resgatar o conceito preciso de *summaria cognitio* (1.2.). E, assim, enquadrando-a num modelo de actuação simplificada, o sistema da *summaria cognitio* surge a par do sistema da *plena cognitio*, enquanto sistema que inclui diversas modalidades, que, ora derogam princípios estruturantes do sistema regra (ou sistema da *cognitio plena*), ora afastam as normas comuns referentes à instrução e produção de prova (1.3.).

che prescinde in qualche parte dalle norme sancite a garanzia dei contendenti nel processo ordinario: sia che vengano abbreviati i termini legali delle varie denuntiationes e della comparsa in giudizio, sia che si semplifichi la prova, sia che si escluda l'appello, ect. Sommario è soprattutto, in quest'epoca, il procedimento che sostituisce l'antico processo interdittale: mentre questo soleva raggiungere rapidamente il suo scopo per acquiescenza del destinatario alla ingiunzione del magistrato, il diritto giustiniano considera gl'interdetti come categoria di azioni, contraddistinta da uno speciale carattere di provvisorietà e dalla rapidità con cui il giudizio si svolge. In questo e in altri campi, la terminologia del *summatim cognoscere* viene intrusa dai giustiniani nei testi classici accolti nel Digesto» (sub. nosso).

1.1. Pelo que apontámos até ao momento, há já duas ideias que cumpre apresentar como importantes para o esclarecimento desta temática: *prima*, a cognição sumária não é um tipo de cognição que tenha sido inventada nos nossos dias e que esteja apenas na actualidade ao serviço da tutela das situações de urgência; *secunda*, que a natureza falaciosa que hoje caracteriza a cognição sumária remonta à própria figura do *ius romanum*, à sua compilação Justiniana, ao estudo desenvolvido, ao longo dos séculos, pelas escolas romanistas e à sua recepção nos direitos nacionais. Assim, tanto a associação da *summaria cognitio* à urgência como as dificuldades em fixar um sentido uniforme para a figura são duas verdades não só indiscutíveis como são quase inultrapassáveis.

Enfim, esta modalidade remonta sobretudo a um período do *ius romanum* em que decidir de urgência significava fundamentalmente *summatim cognoscere*. Mas, a prova sumária não é somente antiga. Na verdade, como se apontou nas considerações introdutórias, é também antiga a discussão mantida na ciência do direito processual em torno do seu carácter⁽¹⁶⁸⁰⁾. Aliás, dada a falta de precisão⁽¹⁶⁸¹⁾, a doutrina alemã do século XIX, ao mesmo tempo que procurou estudar os conceitos de processo sumário, processo de cognição sumária e de *Bescheinigung*, foi apresentando diversas leituras de preceitos do direito romano onde a *summatim cognoscere* estava prevista. Assim, entendida a partir de diferentes dimensões, formou-se na Pandectística uma polémica em torno de tal figura — uma polémica que ficou sempre aberta. E, lamentavelmente, esta dupla leitura nunca mais abandonou a ciência alemã do direito processual, cujo estudo versa sobre a prova sumária⁽¹⁶⁸²⁾. Assim, partindo da definição de *summaria cognitio* própria do direito romano clássico e pós-clássico⁽¹⁶⁸³⁾, a posição maioritária da doutrina reconduzia a figura para o campo

⁽¹⁶⁸⁰⁾ Sobre esta discussão, vd. D. SIMON, «Summatim cognoscere...», cit., pp. 142 a 144.

⁽¹⁶⁸¹⁾ Por exemplo, N. T. GÖNNER (*Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, Erlangen, 1801, IV, pp. 317 ss.) evidencia a dificuldade em indicar características da prova sumária e fala numa «höchst schädlichen Lücke in den Gesetzen, deren Ausfüllung dem Rechtslehrer schwer ist, weil es seinen Behauptungen an einer streng bindenden Unterstützung der Gesetze mangelt».

⁽¹⁶⁸²⁾ Sobre esta longínqua discussão, vd. I. SCHERER, *Das Beweismaß...*, cit., pp. 30 ss., esp. p. 36.

⁽¹⁶⁸³⁾ Procurando resgatar no direito pós-clássico a solução para a correcta interpretação da figura da *summatim cognoscere*, D. SIMON («Summatim cognoscere...», cit., pp. 215 a 218) considera que, no direito ROMANO, *summatim cognoscere* não tinha nada em comum com o processo sumário. Aquela expressão correspondia a «vorläufige, nicht präjudizierende cognitio», pelo que os erros posteriores que atingiram a figura podem ter origem tanto no momento da compilação do *Corpus Iuris Civilis* como podem ter origem no momento do renascimento do *ius romanum* e no momento da exegese realizada pelas Escolas, sendo que a actualização e a adaptação que a ciência jurídica romanista realizou posteriormente das figuras jurídicas romanas desvirtou

do qualitativo e da intensidade da convicção (1684), defendendo que *summatim cognoscere* outra coisa não poderia significar senão a substituição da necessária certeza pela simples probabilidade («blosse Wahrscheinlichkeit») (1685). E, uma outra corrente, que parte sobretudo do *ius romanum de fonte iustiniânica*, considera que esta expressão seria sinónimo de *prima facie cognitio*, entendida esta numa lógica quantitativa, isto é, entendida mais como prova reduzida, acelerada e não esgotada (produzida em procedimento instrutório desformalizado e acelerado) e não seria tanto uma prova que possuísse qualitativamente uma natureza convincente reduzida. De qualquer modo, para estas correntes de opinião, a expressão *summaria cognitio* não podia ser sinónimo de processo simplesmente sumário. E este é um aspecto de suma importância a memorizar (1686).

tais institutos, tendo convertido a *summatim cognoscere* em processo sumário, isto é, num processo mais adequado às necessidades da época.

(1684) Assim, por exemplo, W. ENDEMANN (*Das deutsche Civilprozessrecht*, Heidelberg, 1868, pp. 695 ss.) diz o seguinte: «Unter Bescheinigung wird meist ein minderer Grad von Beweisführung verstanden (...). Das Römische Recht (...) kennt Fälle, in denen (...) auf die gründliche untheilbare Untersuchung der Wahrheit verzichtet und sich mit einer bloß oberflächlichen Prüfung begnügt wird, welche denn auch die Parteien anreizen mußte, ihr Beweismaterial ohne die sonst gebotene erschöpfende Gründlichkeit vorzutragen. Das Resultat (...) kann nur als Wahrscheinlichkeit, nicht als, soweit das überhaupt möglich, Gewißheit gelten».

(1685) Com efeito, como já apontámos, G. W. WETZEL (*System des ordentlichen Civilprocesses*, 2. Aufl., Leipzig, 1865, pp. 168 ss.) diz o seguinte: «Das Römische Recht gebraucht für diese minder gründliche Art der Untersuchung den Ausdruck «*summatim cognoscere*» und wendet dieselbe in Fällen an, wo der Implorant eine Verfügung beantragt, welche die Geltendmachung eines von ihm erhobenen oder zu erhebenden Anspruchs sichern oder erleichtern soll» (p. 273).

(1686) Aliás, a este propósito, D. SIMON («*Summatim cognoscere...*», cit., pp. 217 e 218) escreve que não pode confundir-se a *summatim cognoscere* com o processo acelerado ou simplificado quanto à forma, nem com um extraordinário procedimento instrutório abreviado, uma vez que, para o autor, a *summatim cognoscere* do *ius romanum* clássico correspondia a cognição provisória («vorläufige, nicht präjudizierliche cognitio»), realizada em relação a uma questão que seria objecto de um processo pendente. Assim, escreve em síntese o autor: «Mit *summatim cognoscere* wird zu keiner Zeit ein bestimmter “außerordentlicher” Verfahrenstyp des römischen Prozeßrechts gekennzeichnet. Insbesondere hat eine *summatim* vorzunehmende *cognitio* nichts mit dem Verfahren gemein, dem sie den Namen gegeben hat: dem Summarprozeß. Was auch immer als bestimmend für dessen Wesen angesehen wurde oder wird, Vereinfachung oder Beschränkung der Beweisaufnahme, Beschleunigung oder Formlosigkeit des Verfahrens, nichts davon ist für das *summatim cognoscere* ausdrücklich bezeugt. Zwar haben wir gesehen, daß die *summatim cognitio* auf die Frage *an causa iusta et probabilis sit* zu richten ist, daß der Kognoszierende sich also, wie wir modern formulieren könnten, mit der Glaubhaftmachung des zu Prüfenden begnügen soll». Na verdade, não obstante a ciência jurídica romanística, mormente a Escola dos Glosadores, ter procurado encontrar denominadores comuns entre os diversos processos com procedimento instrutório acelerado previstos nas *Pandectae* e, neste contexto, não obstante ter associado a *summatim cognoscere* a processos sumários, o autor considera que tal figura não pode ser assim entendida. Pelo contrário, entendida

Cumpre, assim, notar que a distinção entre processo sumário e cognição sumária começa no direito romano e prolonga-se no tempo, sendo que remonta também ao direito romano-canónico, mais propriamente à famosa *Clementina Saepe* de 1306, onde se estabelecia que, para se decidir alguns tipos de controvérsias, se deveria proceder *simpliciter et de plano, sine strepitu, sine figura iudicii*, remetendo a determinação da forma e da duração do procedimento para a prudente discricionarietà do juiz. Aquele processo rápido, abreviado ou acelerado («das schleunige Verfahren») ao qual o direito canónico não atribuía nenhuma classificação técnica, segundo BRIEGLER, veio impropriamente a ser designado pelos eruditos como processo sumário («summarischer Process»). Contudo, para este autor, o «summarische Process» teria por essencial a tradicional «prima-facie-cognition», sendo que deveria ser a partir desta figura, e depois de elaborados os seus princípios, que deveria eleger-se as regras-fundantes da «summarische Cognition». De qualquer modo, como apontaremos, de acordo com a interpretação de BRIEGLER, entre a «prova sumária» e a prova plena, não haveria diferença quanto aos motivos ou argumentos probatórios («Beweisgründe») ⁽¹⁶⁸⁷⁾, uma vez que a prova no processo sumário apenas se caracteriza por uma objectiva redução, variabilidade ou incompletude e não pressupõe que no material probatório haja elementos que produzam uma qualitativa diminuição, enfraquecimento ou imperfeição da convicção do juiz ou que tal tipo de prova apresente diferenças no que respeita à razão determinante da convicção ⁽¹⁶⁸⁸⁾. De

no período pós clássico, e compreendida à luz dos poderes que o *Praetor* poderia exercer, quando comparados com os do *iudex privatus*, a *summatim cognoscere* significa sobretudo cognição provisória, isto é, cognição interina, que não pré-julga e não esgota o exame da questão jurídica. E, por isso, tal entendimento da *summatim cognoscere* é também reacção contra a ameaça de abuso desse poder, controlando e limitando o poder de decidir antecipadamente. Assim, *summatim cognoscere* também significa decisão interina, ou pré-decisão cuja fixação em termos de probabilidade não pode ir mais além do que o processo principal: «Das summatim cognoscere ist die Reaktion auf diese Verknüpfung. Die führte, wie wir sahen, zur Interimsentscheidung, einer vorläufiger Feststellung, deren Feststellungswirkung nicht über das gerade laufende Verfahren hinausreicht». Enfim, em suma: «Die Renaissance des *summatim cognoscere* im Mittelalter ging dagegen von Voraussetzungen aus, die, gänzlich andersgeartet, dem Verständnis des Klassischen Rechts bis heute im Wege standen. Die Glossatoren suchten Anknüpfungspunkte für ein abgekürztes Beweisverfahren, das den prozessualen Vorstellungen der Zeit entsprach. Dabei hingen die ihre *semiplena probatio* (...), an die Ausdrücke *de plano, sine strepitu iudiciorum, sine figura iudicii, summatim cognoscere* an, die mit einem römischen Summarprozeß alle gleich viel oder besser: gleich wenig zu tun haben».

⁽¹⁶⁸⁷⁾ Segundo MANUEL DE ANDRADE (*Noções elementares...*, cit., p. 179), a expressão «Beweisgrund» significa «motivo ou argumento probatório, sendo que este pode corresponder a qualquer elemento (do material probatório) que tenha produzido a convicção do juiz; qualquer razão determinante dessa convicção».

⁽¹⁶⁸⁸⁾ Segundo H. K. BRIEGLER (*Einleitung in die Theorie...*, cit., pp. 169 ss. e 375 ss.): «den Beweis in summario charakterisiert die objective Beschränkung oder Unvollständigkeit, nicht die qualitative Abschwächung oder Unvollkommenheit der Beweisgründe».

resto, a única diferença residiria para o autor na restrição dos meios de prova empregues no processo sumário (1689). Em todo o caso, reservada a expressão «processo sumário» para o processo especial de cognição sumária, o conceito de «processo simplificado» traduziria a ideia de processo *procedimentalmente* sumário, mas de cognição plena.

Aliás, também a escola italiana do início do século XX não desconhecia o conceito de cognição sumária e de *prima facie cognitio* e também ela procurou estabelecer a diferença entre este conceito e o de «processo sumário» a partir do mesmo critério, sendo que tal critério se mantém hoje válido (1690). Por exemplo, na década de vinte do século passado, COGNILIO justificou o seu emprego no âmbito dos processos sumários cautelares. Aliás, o autor justificou a modalidade unilateral do processo cautelar, ou, como também lhe chamou «forma *inaudita parte*», realçando a importância de o juiz poder emitir a providência cautelar sem realização do contraditório, de modo a obstar ao *periculum quod est in mora* (1691), bem como também justificou a necessidade de ser aperfeiçoada a regra que no projecto *carnellutiano* (artigo 328.º) previa a *prima facie cognitio*, tendo insistido, então, na aproximação ao conceito já existente no direito italiano *d'informatio iudicis* e de *probatio* e ao conceito alemão de *Bescheinigung*. Para o Professor de Catania, este conceito alemão, que poderia traduzir-se pela expressão italiana «verosimiglianza», corresponderia a «exame sumário do juiz, realizado sem obrigação de obser-

(1689) Segundo H. K. BRIEGLEB (*Einleitung in die Theorie...*, cit., p. 171): «Der summarische Process beruht auf dem Princip der Prima-facie-Cognition, ermäßigt durch die Zulassung unverzüglich evidenter Defensionen», sendo que da sua interpretação das fontes («Quellenexegesen») do *Corpus Iuris Civilis* resultou um princípio geral, segundo o qual o demandante ou autor deveria no mínimo provar os pressupostos do seu direito: «der Kläger wenigstens die Voraussetzungen der Entstehung seines Klagrechts beweisen müsse».

(1690) Por exemplo, N. PICARDI («Lavori per la riforma...», cit., p. 709) também o adopta na leitura que faz da lei italiana, chamando «processos simplificados» a dois tipos de processos especiais de cognição plena, previstos no IV Livro do c.p.c. italiano, destacando neles a «redução da formalidade do esquema processual neles previstos», não obstante a realização do pleno contraditório através de formas simplificadas. O autor escreve que «la chiave di lettura di questi due modelli alternativi al processo ordinario va ricercato nel principio di efficienza (inteso nelle sue articolazioni sopra evidenziate: effettività della tutela, durata ragionevole del processo e prevenzione dell'abuso degli strumenti processuali) ed in quello di economicità (p. 709). O autor distingue, no entanto, os processos simplificados dos processos sumários. Vejamos: «A parte i processi semplificati — che, pur nella snellezza dello schema processuale, presuppongono una cognizione di merito piena ed approfondita — il progetto in esame prende in esame anche la c.d. tutela sommaria. Si tratta, como è noto, di processi caratterizzati da una cognizione incompleta e superficiale: l'attività preparatoria è ridotta al minimo, anzi, in alcuni casi, può presentarsi addirittura senza contraddittorio e, quindi, sub specie di mero procedimento» (p. 732).

(1691) Neste sentido, vd. A. CONIGLIO, «La riforma del sistema cautelare...», cit., pp. 18 ss.

var as normas prescritas sobre a instrução e sobre prova e com a faculdade de [este] recolher informações de modo que [considerasse] mais adequado» (1692).

Enfim, voltando um pouco atrás, pelo que se percebe, se ao longo dos tempos a urgência foi sendo associada à *summaria cognitio*, ainda assim, cada vez mais distante do lastro jurídico romano de matriz clássica, esta expressão foi-se *desfigurando* e foi sendo objecto de alguma confusão. E, na verdade, como já vimos, a escola alemã procurou *reaver* o conceito, distinguindo o «processo sumário» do «processo sumário de cognição sumária». Aliás, para falar deste fenómeno da *sumariedade*, a doutrina alemã dos finais do século XIX já utilizava duas expressões diferentes: a expressão «processos sumários determinados» («bestimmte summarische Prozesse»), para indicar que estes processos de cognição especial possuíam características especiais que eram determinadas, desde logo, pelo legislador, por contraste com aquelas previstas no modelo do processo comum ou ordinário; e a expressão «processos sumários indeterminados ou acelerados» («unbestimmtes summarisches Verfahren»), para classificar os processos nos quais a sumariedade do processo (isto é, a divergência estrutural com o processo comum ou ordinário) era entregue ao poder discricionário do juiz (1693). Dizendo o mesmo por outras palavras, enquanto os «processos sumários de tipo indeterminado», ou «acelerados» ou simplificados, eram caracterizados por uma *sumarização* do procedimento, *maxime*, através da simplificação da ritualidade do processo ordinário, sendo que cumpriria ao juiz proceder a tal sumarização, beneficiando para o efeito de poderes de condução e adaptação do desenrolar do processo, servindo-se para o efeito de fórmulas elásticas e instrumentos previstos na lei, nos «processos sumários determinados» a sumariedade estava já previamente configurada pelo legislador, sendo que esta atingia a própria cognição (1694).

Enfim, uma vez assente qual deveria ser a função e a estrutura do processo comum ou ordinário, a doutrina alemã considerava que no seu sis-

(1692) Neste sentido, como apontámos, A. CONIGLIO («La riforma del sistema cautelare...», cit., p. 18) escreve precisamente o seguinte: «È stato opportuno fornire una regola precisa circa la *prima facie cognitio* che precede l'autorizzazione (art. 328) ribadendo il concetto, espresso nel nostro diritto intermedio coll'appellativo d'*informatio iudicis* anzichè di *probatio*, e coll'altro di *Bescheinigung*, verosimiglianza, dell diritto germanico, che si tratta d'un esame sommario del giudice, senz'obbligo d'osservare le norme prescritte sulla istruzione e sulle prove, con facultà di assumere informazioni e notizie nel modo che crede migliore».

(1693) Para mais desenvolvimentos e bibliografia sobre este tema, vd. A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 232 a 234, esp. nota 144.

(1694) Sobre este assunto, vd. H. BAYER, *Theorie der summarischen Prozesse*, München, 1830, pp. 14 ss. O autor classifica os processos sumários em determinados e indeterminados, sendo que, no seu entender, pertenceriam à categoria de processos sumários determinados, o «Mandats-Proceß», o «Arrest-proceß» e o «Executivproceß».

tema jurídico estavam previstos processos especiais de cognição («die besonderen Prozessarten Entscheidungsverfahren»), destacando neles como elemento característico a expressa disciplina que distinguia o seu especial procedimento perante o procedimento ordinário, sendo que neles se destacavam ou o objecto, ou o modo de proceder, ou a forma da decisão ou até a urgência. Com efeito, «os processos sumários de tipo determinado» eram expressa e integralmente disciplinados na lei quanto ao seu *modus procedendi* — tendo o legislador neles consagrado aspectos distintos dos previstos no processo ordinário — e caracterizavam-se pela limitação da cognição do *thema decidendum*, sendo que tal teria por fundamento a exigência de aceleração na decisão da lide (urgência na prolação de uma sentença), o menor valor (futilidade) dos interesses subjacentes ao processo, a existência de prova documental exibida pelo autor e tida como atendível, e ainda o *periculum in mora* do processo principal (1695). Pelo exposto, conclui-se, pois, que não é de hoje que a doutrina alemã reconhece a existência de processos sumários e de processos sumários de cognição sumária, sendo que também associa a sumariedade à urgência. Ora, esta é a razão pela qual hoje os processos de *Arrest* e de *einstweilige Verfügungen* são processos especiais de cognição («eine besondere Unterart des Erkenntnisverfahrens»), isto é, *processos de cognição sumários determinados*, e não formas antecipadas da execução das sentenças (1696), processos sumários que atendem a diferentes situações de urgência, *et pour cause* processos que beneficiam de certas especificidades, entre as quais se conta a aplicação da *Glaubhaftmachung*, sendo também

(1695) Sobre estas figuras, e de modo mais profundo, vd. N. T. GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, Band IV, Erlangen, 1803, pp. 100 ss. (a propósito dos «unbestimmten summarischen Prozesse») e pp. 315 ss. (a propósito do processo de medidas provisórias: «provisorischen Verfügungen»); C. J. A. MITTERMAIER, *Die summarischen Verfahrensarten des gemeinen deutschen Prozesses. Der Executivprocess*, Bonn, 1826, pp. 106 ss.; H. BAYER, *Theorie der summarischen Prozesse: nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechts*, München, 1846, pp. 114 ss.; R. OSTERLOH, *Die summarischen bürgerlichen Prozesse*, Leipzig, 1847, pp. 39 ss.; A. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885.

(1696) No sentido de que a doutrina alemã considera os processos de *Arrest* e de *einstweilige* ou *provisorische Verfügungen* como processos especiais de cognição, vd. F. OSTLER, «Wichtige prozessuale...», cit., p. 713; W. GRUNSKY, in: STEIN/JONAS, *Kommentar Zur Zivilprozeßordnung*, 21. Auflage, Band 7, Teilband 1, §§ 864-945, Tübingen, 1996, pp. 319 ss., esp. p. 320, n. m. 3 (o autor escreve o seguinte: «Die praktische Bedeutung der beiden in der ZPO vorgesehenen Eilverfahren ist groß. Dies gilt insbesondere für die einstweilige Verfügung, die in weiten Bereichen das vom Gesetz vorgesehene Erkenntnisverfahren praktisch verdrängt hat»); E. SCHILKEN, *Die Befriedigungsverfügung...*, cit., pp. 58 ss.; D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 18 ss.; F. BAUR, *Studien...*, cit., p. 34; F. BAUR, *Arrest und einstweilige Verfügung...*, cit., pp. 615 ss.; K. BLOMEYER, *Arrest und einstweilige Verfügung...*, cit., pp. 56 ss.

designados por processos sumários de tipo urgente («Eilverfahren»), já que beneficiam de diversas especificidades ⁽¹⁶⁹⁷⁾.

Esta posição doutrinal também se encontra na escola italiana. Com efeito, na mesma altura, os italianos destacavam perante o processo ordinário a existência de duas figuras sumárias, a do «procedimento sommario», previsto no Código de 1865, que se caracterizava por um particular «modus procedendi» perante o ordinário — já que incluía a «citazione ad udienza fissa» — e a «dei c.d. accertamenti con prevalente funzione esecutiva», agrupáveis também sob a designação de processo «sommario semplice», que eram distintos estruturalmente dos demais, porque neles era realizada uma cognição sumária, sendo que, pela diversa função que estes realizariam, a doutrina distinguia-os dos processos cautelares. Neste quadro, o primeiro tipo, o *sommario ad udienza fissa*, era individualizado como processo sumário de cognição plena, ou processo acelerado ou simplificado, tendo até 1901 acudido apenas «l'estremo dell'a urgenza della decisione» ⁽¹⁶⁹⁸⁾, e os do segundo tipo eram caracterizados como processos especiais de cognição sumária, porquanto o tipo de *accertamento* que neles era realizado era ou «não definitivo», ou «parcial» ou «superficial». Por outras palavras ainda: o primeiro era sumário porque divergia na sua estrutura do ordinário; o segundo tipo também o era mas era mais qualquer coisa: era um processo sumário de cognição sumária porque nele «a intensidade do *accertamento* judicial» divergia do tipo de *accertamento* típico do previsto para o processo ordinário, o *accertamento* pleno ⁽¹⁶⁹⁹⁾.

1.2. Enfim, sublinhámos estas ideias porque é importante perceber que tradicionalmente houve uma tendência para separar os dois conceitos, o de processo sumário e o de processo sumário de cognição sumária, uma vez que uma coisa é a simplificação do *modus procedendi*, enquanto simplificação e abreviação da sequência de actos e fases predeterminados à emanação da decisão

⁽¹⁶⁹⁷⁾ Sobre este assunto, W.-D. WALKER (*Der einstweilige Rechtsschutz ...*, cit., pp. 180 ss.) aponta várias características aos processos urgentes. E, designadamente, destaca aspectos de sumariedade procedimental: a decisão de regulação acelerada para atender a diversos casos de urgência, com diferentes níveis de urgência; existência de prazos curtos para realização da audiência contraditória oral; possibilidade ou não de realização da mesma; possibilidade da *Glaubhaftmachung*, aceleração da execução. Contudo, o mesmo já não aponta ao tipo de juízo que caracteriza este processo: «Die rechtliche Prüfung ist also gegenüber dem Hauptsacheverfahren nicht eingeschränkt. Sie enthält keine Elemente der Verfahrensbeschleunigung und gehört somit nicht zu den Besonderheiten des Eilverfahrens».

⁽¹⁶⁹⁸⁾ Sobre estes conceitos, vd. G. TARZIA, «Retrospectiva sulla vicenda del procedimento sommario», *RDProc.*, 1987, pp. 532 ss.; S. GALGANO, «La scomparsa del procedimento sommario in Italia e le sue cause», in: *Rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1925, pp. 27 ss.

⁽¹⁶⁹⁹⁾ A este propósito, vd. A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 236 e 237.

conclusiva do procedimento ou do processo, quer a simplificação resulte directa e imediatamente da lei ou decorra da conformação do juiz, outra coisa é a redução do âmbito da cognição do juiz ou a simplificação do tipo da cognição do juiz em ordem a conhecer os factos juridicamente relevantes (*thema decidendum*). Neste contexto, cumpre trazer à colação o critério diferenciador *chiovendiano*: «*l'essere la cognizione completa o non* [— escreve CHIOVENDA —] *riguarda le condizioni del provvedimento del giudice e non le forme: altro è cognizione sommaria, altro é procedimento sommario. La cognizione è completa quando il convenuto prima del provvedimento del giudice è ammesso a far valere tutte le eccezioni contro la domanda, e quando la domanda, anche se il convenuto è contumace, è esaminata in tutti i suoi elementi costitutivi. Ciò può avvenire con forme più complesse (procedimento formale) o pie semplici (procedimento sommario). Onde abbiamo distinto già nei cenni storici (...) processo sommario indeterminato (con forme sommarie) e processi sommarii determinati (con cognizione sommaria)*» (1700). Ora, como se percebe, CHIOVENDA distingue claramente o «procedimento sommario» da «cognizione sommaria». À sumariedade procedimental, que atende à forma, pode corresponder uma cognição plena ou uma cognição sumária, bem como, de acordo com o seu pensamento, a cognição sumária não tem forçosamente que estar associada a processo sumário, podendo estar prevista no âmbito de um processo ordinário ou comum (1701).

(1700) G. CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile* (1923), 3.^a, Napoli, 1980, p. 202.

(1701) Entre nós, as expressões processo sumário e processo sumaríssimo também são invocadas pela doutrina tradicional como sinónimos de processos onde valem a simplificação do formalismo previsto para o processo ordinário e de aceleração do ritmo do processo, sendo que tal simplificação e aceleração não beliscam a plenitude da prova. Assim, por exemplo, MANUEL DE ANDRADE considera que as principais particularidades do formalismo do processo sumário em confronto com o do ordinário se prendem com o facto de a lei querer tornar mais rápida e menos dispendiosa esta forma de processo, embora oferecendo as mesmas garantias de uma exacta averiguação da verdade. E, assim, entende o autor, que a lei designa que para as causas de menor valor pode existir sujeição a este processo, pois o que mais importa é obter uma decisão rápida e de forma fácil, mesmo com maior risco de ser pouco acertada. Para o autor, nessas causas, «aquele *rendimento* sobreleva este possível *custo*». E assim, este processo sumário caracteriza-se pela simplificação do formalismo previsto para o esquema do rito ordinário e com a aceleração do ritmo do processo, sendo que este decorre de prazos mais breves, da exclusão de certas diligências probatórias que mais poderiam retardar o andamento do processo e pela redução de certas outras. O processo sumaríssimo, seguindo as tendências do processo sumário, «leva-as, contudo, mais longe». E, assim, neste processo «sobe de ponto a preocupação pela brevidade, e com ela o perigo de resultar acertada a decisão (afinal: *die brief jüge, folle sentence*). Porque a lei quis reduzir ao mínimo o custo do processo (dado o pequeno valor das respectivas acções), embora com maior possibilidade de prejuízo para o seu rendimento, este tipo de processo apresenta uma simplificação e aceleração maiores, faltando ao esquema do processo o período do saneamento ou condensação, por exemplo, sendo que a fase de articulados só inclui, por regra, a petição e contestação, faltando a resposta e a contra-resposta, há também restrição quanto à admissão das provas, designadamente,

E é exactamente a partir desta mesma metodologia que a actual ciência do direito processual vem solucionar o problema da distinção entre o processo sumário e o processo de cognição sumária. Assim, no contexto jurídico vigente, e defendendo que certas figuras enquadram o tipo «o processo sumário» e outras integram o conceito de «processos sumários de cognição sumária», CARRATTA, por exemplo, concluiu que a estrutura sumária de um processo e a natureza sumária de uma determinada decisão podem determinar-se pelo contraste que o mesmo representam como o modelo dito comum ou ordinário, atendendo, respectivamente, quer à estrutura procedimental, quer à intensidade do *accertamento*. É, pois, neste contexto, que, respectivamente, o autor classifica certos processos e sub-procedimentos como sumários, denominando-os de simplificados, e denomina como «processos de cognição sumária» aqueles no âmbito dos quais o juiz procede a uma cognição incompleta ou não definitiva⁽¹⁷⁰²⁾. Tam-

admitindo apenas a prova documental e testemunhal. É certo que desta exposição também resulta que nem sempre se distingue, entre nós, o processo sumário de cognição sumária, uma vez que o autor admite as limitações de prova e considera que as acções sujeitas a este mecanismo processual devem ser, pela natureza material em litígio, das menos complicadas e dificultosas. A este propósito, vd. MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares...*, cit., pp. 354 e 355.

⁽¹⁷⁰²⁾ Neste sentido, CARRATTA (*Profili sistematici...*, cit., pp. 236 e 237) considerou que «a divergência entre o processo sumário e o ordinário pode variar e este pode manifestar-se tanto na abreviação dos termos previstos, existindo uma articulação das fases processuais, quer pela eliminação de alguma solenidade própria do rito ordinário, sem que haja, no entanto, note-se, qualquer interferência com o modelo-regra de prova», isto é, «sem que [para esses processos] haja disposição especial quanto à prova e à fase de instrução probatória». Assim, CARRATTA denomina de processos sumários em sentido amplo como sendo aqueles processos especiais em que se prevê uma tramitação específica sem que, no entanto, essa previsão especial quanto à tramitação seja acompanhada de uma regulação especial quanto ao procedimento probatório. O autor afirma, na realidade, que tais processos simplificados (que não se fazem acompanhar de um regime de prova excepcional) deverão ser preferencialmente classificados como processos simplificados de cognição plena, uma vez que neles não haverá uma significativa diminuição ou redução da cognição. Se a propósito do modelo de prova consagrado nesses processos, já existir divergência quanto ao modelo ordinário previsto, por existir regras especiais sobre a prova e a realização de prova, que, designadamente, permitam a realização de modalidades de prova diferentes, ou dispensem a realização de prova ou que atribuam diferente valor a certa prova, então faz todo o sentido falar de processos em que a cognição poderá configurar-se como *sumária*, enquanto expressão que se oporá a cognição plena. De qualquer modo, para CARRATTA, na verdade, só estes processos são «verdadeiros processos sumários» ou sumários *tout court*. Enfim, A. CARRATTA (*Profili sistematici...*, cit., p. 236) define «processo sumário» ou «processo simplificado» como sendo aquele processo ou subprocesso no qual a distinção com o processo ordinário se manifesta «nell'abbreviazione dei termini per l'articolazione delle diverse fasi processuali o nell'eliminazione di alcune solennità proprie del rito ordinario, senza che siano in alcun modo toccate le disposizioni sulle prove e sulla fase istruttoria». E CARRATTA também nos dá conta que GRASSO («Fallimento (procedimento sommario)», in: *Enc. Giur. Treccani*, 1989) considera que a sumariedade do procedimento se traduz «na contrazione della procedura mediante l'eliminazione di atti o momenti di quella ordinária» e é caracterizada por um grau elevado de oficiosidade».

bém LOMBARDO tem exactamente o mesmo entendimento sobre aquilo que separa os conceitos de processo sumário («procedimento sommario») e de processo sumário de cognição sumária (*procedimento sommario de cognizione sommaria*). É, aliás, a partir do mesmo critério que o autor classifica de forma totalmente original o processo cautelar, previsto no artigo 665-*sexies* c.p.c. italiano, designando, em qualquer caso, como processo sumário ⁽¹⁷⁰³⁾.

Em contas simples, podemos dizer que o processo pode definir-se como sumário quando se desenvolve segundo formas e termos simplificados, por contraste com os previstos para o processo dito ordinário ou comum, quer esta simplificação resulte directamente da lei, quer decorra da conformação procedimental discricionária do juiz, de acordo com os parâmetros delineados, de forma mais ou menos precisa, *a priori* pelo legislador. Neste sentido, a divergência entre o processo sumário e o processo ordinário não vai além da simplificação e da abreviação, não tendo de existir obrigatoriamente na disciplina que o rege qualquer alteração que interfira com o regime-regra de produção de prova. E, assim, a sumariedade procedimental não atinge obrigatoriamente a observância dos princípios do contraditório, nem o procedimento de instrução probatória, não obstante poder tocar somente na forma procedimental de aquisição do material instrutório sobre o qual deverá formar-se a cognição do juiz. De resto, tal disciplina especial não concerne ao modo de produção de prova, nem à extensão ou limitação de tal cognição.

Assim, a simplificação e a abreviação resultantes da divergência de regime entre o processo sumário e o processo ordinário podem traduzir-se nos seguintes caracteres: na abreviação dos termos, na possibilidade de a abreviação/simplificação resultar da diversa articulação de fases processuais e na eliminação de solenidade — uma possibilidade cuja concretização depende normalmente da determinação da lei e da decisão de oportunidade do juiz, uma vez que, em prol de diversos factores, incluindo a urgência, a simplicidade do conflito, o reduzido valor da causa e o tipo de matérias, predomina nestes processos a redu-

⁽¹⁷⁰³⁾ Neste sentido, L. LOMBARDO («Natura e caratteri...», cit., pp. 483 ss.) considera que tanto o processo cautelar com contraditório (previsto no primeiro parágrafo do artigo 665-*sexies* do c.p.c.) como o processo cautelar *inaudita altera parte* (consagrado no segundo parágrafo) constituem processos sumários, uma vez que este preceito consagra o princípio da liberdade de forma, devendo a forma, os termos e a duração do procedimento («omitidas as formalidades não essenciais ao contraditório») serem determinadas discricionariamente pelo juiz, em termos que este julgar mais oportuno ou adequado. Assim, não obstante considerar que só um deles é um processo sumário de cognição sumária, o autor é de opinião de que nessa norma se está perante um típico processo sumário, já que, perante o procedimento dito ordinário, o mesmo normativo contém uma simplificação da forma e dos termos do procedimento, sendo a sua determinação entregue ao juiz, em termos de poder discricionário.

ção do custo e a brevidade, saindo diminuído tanto o princípio do dispositivo, na vertente do princípio do impulso processual, como o da legalidade do processo, ao mesmo tempo que sai reforçado o princípio da oficialidade e o da adequação formal. Portanto, de acordo com este entendimento, o processo sumário apresenta estas especificidades procedimentais. Contudo, estas são apenas especificidades que atingem o *modus procedendi*, já que se mantém o mesmo regime-regra de prova, incluindo as mesmas disposições de instrução e produção de prova (não obstante poder existir alguma variação procedimental), pelo que daqui não decorrerá diminuição ou redução da cognição. Na verdade, estes processos, porque pressupõem um modelo participativo-igualitário do contraditório entre as partes, num processo pré-determinado (ainda que nem sempre seja regulado ao pormenor) e porque a discricionariedade *in procedendo* não anula o direito das partes a um paritário contraditório *in itinere*, não traduzem uma cognição menos completa ou menos plena. Assim, tais processos, porque não pressupõem obrigatoriamente uma *minus plena probatio*, podem ser classificados como processos sumários de cognição plena, processos simplificados ou processos acelerados.

Enfim, como se percebe são várias as modalidades de configuração da técnica sumariedade procedimental:

1. determinação (legal) simplificada e abreviada (ou acelerada) do *modus procedendi* (ou previsão de termos e formas simplificados e abreviadas):

- a) número reduzido de articulados
- b) anulação de fases do processo
- c) prazos curtos para a prática de actos processuais
- d) possibilidade de condensar a realização da prova em audiência oral

2. desregulação processual e ausência de formas e termos pré-constituídos (ou indeterminação estrutural legal do processo, sendo que tal técnica pressupõe a atipicidade da estrutura e a liberdade de forma procedimental), afastando-se o princípio da legalidade do processo, cabendo às partes e sobretudo ao juiz determinar a marcha processual:

- a) desviando para a figura do juiz a determinação/conformação da estrutura processual e das formas a seguir. Numa lógica da atribuição de poder discricionário (de entre várias alternativas, permite a escolha de uma, ou através da expressão «pode»), o legislador concede ao juiz a escolha da fase seguinte do procedimento e a forma, dotando-o para o efeito de poderes especiais na conformação do procedimento, assumindo-se este como gestor do processo, como «Master of the Rolls» — discricionariedade *in procedendo*.

Em tal processo predomina a oficialidade, cabendo ao tribunal promover e controlar os actos necessários à decisão da causa, em detrimento do princípio do dispositivo na vertente do impulso processual, e da igualdade de partes, surgindo, pois, um processo verdadeiramente a três: demandante, demandado e juiz — *discricionarietà-oficialidade*. E, nele vinga também o princípio da adequação formal, no sentido de que o tribunal pode adequar os trâmites às especificidades da causa, em detrimento do princípio da legalidade.

De qualquer modo, o processo sumário e o processo sumário de cognição sumária revelam-se como coisas bem distintas. No primeiro predomina a técnica da indeterminação estrutural do processo, de tal modo que o *modus procedendi*, que é caracterizado pela simplificação e abreviação da forma e dos termos do processo e onde vinga a atipicidade e a liberdade de forma, resulta da lei ou da actuação gestora do juiz (com envolvimento de discricionarietà) devidamente legitimada. Contudo, já o mesmo não pode dizer-se do processo cuja simplificação não se resume ao *modus procedendi*. Assim, se o processo sumário contiver uma configuração excepcional/derrogatória quanto ao procedimento de instrução e produção de prova, isso significa que tal é um processo sumário de cognição sumária, uma vez que a cognição sumária pressupõe sobretudo ausência do modelo do contraditório participativo-igualitário das partes e ausência de formas e termos pré-constituídos, acompanhada de discricionarietà *in procedendo* ⁽¹⁷⁰⁴⁾. Ora, se assim é, e se pode configurar-se a existência de um processo especial no âmbito do qual se prevê um regime especial em face do regime regra de produção e valoração de prova, então é possível configurar a existência de um processo sumário de cognição sumária.

Assim será, se o regime especial consagrar, para além das mencionadas, outras modalidades de configuração da técnica da sumariedade da cognição, a saber:

1. a configuração legal especial (informal, flexível e simplificada) do procedimento de instrução e produção de prova, que:

- a) determine a atenuação ou desvio ao modelo de contraditório participativo-igualitário entre as partes.
- i) pressupõe a técnica da inversão do contencioso ou técnica do processo de cognição unilateral: procedimento *inaudita altera parte*.

⁽¹⁷⁰⁴⁾ Aliás, reforçando este aspecto, L. MONTESANO/G. ARIETA (*Diritto processuale civile...*, cit., p. 197) consideram que o artigo 669-*sexies* prescreve o princípio da atipicidade da instrução sumária («principio di atipicità dell'istruzione sommaria»).

- b) pressupõe a prova *sumária*:
 - i) enquanto prova restrita, não esgotada e prova imediata.
- 2. a atribuição excepcional de poderes de instrução probatória ao juiz:
 - a) em termos que o procedimento instrutório se desenrola de modo atípico, através de modalidades de prova consideradas não normais ou não comuns;
 - b) em termos que a discricionariadade pressupõe que o juiz possa realizar uma instrução informal, uma instrução que não obedeça ao mesmo modelo paritário de contraditório — *discricionariadade-inquisitorialidade-oficiosidade*.

Em tal processo predomina o princípio do inquisitório e o da oficiosidade, em detrimento do princípio do dispositivo, na vertente da disponibilidade privada. E sai diminuído o princípio da igualdade de partes e do contraditório. Como se percebe, retomando estes mesmos critérios, pode falar-se de um modelo alargado e ampliado de *summaria cognitio* que poderá surgir a par do sistema da *plena cognitio* e em contraste com este sistema, enquanto modelo que inclui diversas configurações, que, ora se afastam procedimentalmente do modelo do processo ordinário, ora contêm atenuação, desvio ou derrogação perante os princípios e regras basilares vigentes nesse modelo regra (ou sistema da *cognitio plena*), regendo-se, no que respeita a este último aspecto, por um conjunto de normas excepcionais quanto à prova e ao procedimento probatório.

1.3. Assim, afastada definitivamente a junção entre os conceitos de «processo sumário» e «processo de cognição sumária» e considerando, finalmente, que o conceito de *sumariedade procedimental* pressupõe que o carácter sumário do procedimento não constrange (não limita ou não derroga) necessariamente os princípios e as normas que regem a prova e o procedimento ordinário de instrução e produção de prova, surge muito claro que o conceito de «cognição sumária» pressupõe algo distinto disso. Ao contrário, pressupõe precisamente que, para além da sumariedade procedimental, se concretizam no modelo probatório alguns dos instrumentos referidos.

É um facto que a concretização da técnica da *summaria cognitio* vai variando de sistema para sistema e mesmo dentro do mesmo sistema a variação no tempo é frequente. Contudo, não obstante alguma heterogeneidade de figuras e não obstante a diferente interpretação do resultado a que se chega depois de concretizados certos instrumentos da modalidade de sumariedade cognitiva, é possível dizer que a doutrina não discorda tanto da panóplia de ins-

trumentos concretizadores da sumariedade cognitiva quanto discorda do resultado a que se chega a partir dessa concretização. De facto, a doutrina aceita uniformemente que a cognição *sumária* se opõe a cognição plena, mas discorda quanto ao sentido a atribuir à cognição sumária como sinónimo de cognição *não plena* ou *incompleta*, sendo que um sector da ciência do direito processual insiste em distinguir modalidades de cognição sumária, distinguindo, designadamente, a «cognição sumária parcial» da «cognição sumária superficial», precisamente para dar autonomia à cognição sumária própria do processo cautelar, chamando-lhe cognição sumária superficial (1705). Ainda não querendo explicar este tema, cumpre dizer que é possível vislumbrar pontos de encontro entre os estudos realizados pela diversa ciência do direito processual em torno daqueles que são os instrumentos de concretização da sumariedade da cognição. Há, de facto, mecanismos que são apresentados, ao longo dos tempos, pela ciência processual, como mecanismos concretizadores da *summaria cognitio*.

A configuração excepcional do procedimento de instrução probatória, através da técnica do processo de cognição unilateral ou procedimento *inaudita altera parte*, configura uma modalidade privilegiada de concretização da *summaria cognitio* (1.3.1). E, de igual modo, a realização de *prova sumária* ou *prova prima-facie*, por contraste com a *prova stricto sensu*, configura um importante elemento caracterizador da cognição sumária (1.3.2). E o processo será também de cognição sumária se o regime especial estipular, para além das mencionadas, outras modalidades, a saber: a predominância do princípio do inquisitório e da oficiosidade em detrimento do princípio do dispositivo, na dimensão do princípio da disponibilidade privada, diminuição do princípio do contraditório e da igualdade de partes; configuração do procedimento excepcional de instrução probatória e a atribuição de poderes excepcionais de instrução ao juiz, em termos que de tal actuação possa resultar um desvio ao modelo de contraditório paritário. Bem como a possibilidade de este concretizar outras derrogações a princípios gerais de prova (1.3.3).

(1705) A este propósito, cumpre relembrar aqui a posição já explicada de L. MONTESANO (*Le tutele giurisdizionali...*, cit., pp. 183 ss.) que vai no sentido de considerar que a cognição sumária de desdobra em «cognição incompleta», que assenta sobre o material probatório que até ao momento resulta do processo em curso, da «cognição superficial», que se manifesta numa valoração meramente probabilística acerca da existência do direito que é objecto da tutela. No mesmo sentido, L. MONTESANO/G. ARIETA, *Diritto processuale civile...*, cit., p. 140. Também G. SCARSELLI (*La condanna con riserva...*, cit., pp. 520 ss.) invoca um conceito duplo de cognição sumária, a saber: a «cognição sumária limitada qualitativamente» (ou cognição sumária superficial) e a «cognição sumária quantitativamente limitada» (ou cognição sumária parcial), sendo certo que a diferença reside no facto de a pronúncia do juiz poder resultar somente da verosimilhança mais do que tendo por base a prova plena dos *facta probanda*.

1.3.1. A técnica da inversão do contencioso (ou técnica do processo de cognição unilateral ou procedimento *inaudita altera parte*) configura uma exceção/derrogação ao princípio do pleno contraditório e concretiza uma cognição sumária. Vejamos melhor porquê, reforçando alguns aspectos: desde logo, porque comparado com o modelo ordinário ou modelo participativo-igualitário das partes num processo pré-determinado ou processo regulamentado ao pormenor, em termos de igualdade (e estruturalmente assente em três personagens, *actor, reus et iudex*), o contraditório sofre limitações: perde a sua fisionomia tríada e, nessa perspectiva, é desde logo parcial quanto à extensão, pois, as alegações factuais da contraparte (factos impeditivos, modificativos ou extintivos que poderão ser opostos por este) ficam de fora da cognição do juiz, pelo menos num primeiro momento — daí que TARUFFO chame a este procedimento «procedimento de cognição unilateral» (1706). Ora, a particular configuração do contraditório reflecte-se na própria estrutura da instrução probatória, determinando a sumariedade da cognição, falando-se a este propósito de cognição sumária. E assim é, desde logo, porque os factos a provar são em extensão mais reduzida (quantidade da cognição factual).

E, também, entre nós, a técnica do contencioso invertido está consagrada, configurando, na verdade, um dos instrumentos mais seguros da previsão legal da sumariedade cognitiva. Na verdade, ele aparece como uma exceção ao princípio do contraditório: um princípio estruturante do direito processual. Tido como uma decorrência do princípio da igualdade das partes, estabelecido no artigo 3.º-A do CPC e artigo 6.º do CPTA, este princípio possui um conteúdo multifacetado: por um lado, ele atribui à parte não só o direito ao conhecimento de que contra ele foi proposta uma acção ou requerida uma providência e, portanto, nesta perspectiva, o direito do contraditório traduz um direito à audição antes de ser tomada qualquer decisão. Por outro lado, ele corresponde a um direito a conhecer todas as condutas assumidas pela contraparte e a tomar posição sobre elas. Neste contexto, o direito do contraditório corresponde ao direito de resposta. Ora, como se percebe, este princípio tem, pois, pelo menos, duas manifestações: uma primeira significa que não podem ser tomadas quaisquer providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida (artigo 3.º, n.º 2, do CPC); a outra pressupõe o seu cumprimento e observância ao logo de todo o processo, de tal modo que o juiz não deve decidir, salvo caso de manifesta desnecessidade, sobre questões de direito e de facto sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem (artigo 3.º, n.º 3, do CPC). Vejamos em que se traduz o direito à audição prévia: este encontra-se consagrado no artigo 3.º,

(1706) M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici...*, cit., p. 471.

n.º 1, *in fine*, do CPC. Assim, os processos que visam tutelar a urgência podem configurar uma exceção clara a este princípio, uma exceção já prevista no artigo 3.º, n.º 2: no procedimento cautelar comum, o tribunal só ouvirá o requerido se a audiência não puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência (artigo 385.º, n.º 1), a restituição provisória da posse e o arresto são decretados sem a audiência da parte requerida (artigos 394.º e 408.º, n.º 1). Como escreve TEIXEIRA DE SOUSA, a *summaria cognitio* justifica que certas providências cautelares possam ser decretadas sem prévia audição da contraparte, isto é, sem ser concedida a esta parte o uso do contraditório. Esta possibilidade, que se aceita como um desvio ao princípio do contraditório (admitido pelo artigo 3.º, n.º 2), encontra-se prevista em dois níveis: num deles, proíbe-se a audição do requerido (artigos 394.º e 408.º, n.º 1, do CPC); no outro, permite-se (mas não se impõe) que a providência seja decretada sem audição do requerido (artigo 385.º, n.º 1, do CPC), bastando que a sua audiência ponha em risco sério o fim ou a eficácia da providência ⁽¹⁷⁰⁷⁾.

1.3.2. Mas não só. A *summaria cognitio* resulta do direito positivo, quando o legislador vem permitir que a realidade dos *facta alligata* seja demonstrada em juízo através de *provas leviores* ou prova sumária, sendo esta expressão utilizada, aqui, em sentido amplo: enquanto prova *prima-facie* ou prova contrária a prova *stricto sensu*, não querendo ainda entrar na questão de saber se a redução que ela traduz é de intensidade qualitativa de convicção ou se é de redução quantitativa de prova, uma vez que há doutrina que a aceita apenas no processo sumário cautelar associando-a ao primeiro sentido (**1.3.2.1**) ou enquanto prova atípica, concretizada com discricionariedade pelo juiz (**1.3.2.2**).

1.3.2.1. A cognição sumária decorre igualmente de esta ser um tipo de cognição que é desenvolvida segundo um procedimento instrutório informal e através de tipos de prova considerados não normais ou não comuns, sendo que a *prova sumária* assume um papel especial em certos processos sumários urgentes, mormente nos cautelares. Entre nós, o legislador prescreve no artigo 384.º, n.º 1, que «com a petição, oferecerá o requerente prova sumária do direito ameaçado e justificará o receio da lesão». O que deve entender-se por prova sumária não é fácil de perceber. E assim é, porque há um entendimento clássico sobre a figura da prova sumária e há um entendimento moderno. E, mesmo na actualidade, a definição de prova sumária varia entre uma consideração que parte da natureza convincente da prova e a outra que reconduz a prova sumária à quantidade de prova.

⁽¹⁷⁰⁷⁾ M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre...*, cit., pp. 230 e 231.

Assim, em primeiro lugar, e para começarmos pela parte mais simples, ou pela compreensão moderna, cumpre falar no sentido de prova sumária, entendida esta enquanto prova *restrita* ou *limitada*, *id est*, *prova especial*. Assim, como vimos, a ciência processual francesa discute a admissibilidade de certos meios de prova no processo de *référé*. No sistema italiano acontece a mesma coisa. Há tipos de prova que continuam a revelar-se inadequados nos processos que visam tutelar a urgência. E assim acontece, por um lado, porque a urgência é incompatível com a realização de certos meios de prova e, por outro lado, porque a provisoriedade de decisão urgente é incompatível com modalidades de prova que tendem a esgotar a *quaestio juris*, tal como a prestação de declarações sob juramento, já que estas tendem a provocar a confissão. Por exemplo, para CAVALLONE o processo sumário cautelar tem especificidades quanto comparado com outros sumários exactamente também por causa das modalidades de prova admitidas. Assim, para além do aspecto relacionado com as «informações sumárias», os actos de instrução coincidem apenas com certos instrumentos probatórios ditos ordinários — prova testemunhal, interrogatório livre das partes, peritagem e inspecção e prova documental. Contudo, exclui-se o depoimento de parte, destinado a provocar a confissão, e a declaração em juízo sob juramento, sendo que a *summaria cognitio* comporta também o emprego de outros instrumentos de prova diferentes dos típicos ⁽¹⁷⁰⁸⁾.

No sistema alemão, como apurámos, a *summaria cognitio* decorre sobretudo da restrição de meios de prova. Neste caso, a aplicação da *Glaubhaftmachung* no processo que desemboca no decretamento de tutela jurisdicional urgente e provisória significa que, por contraste com o procedimento de instrução probatória normal, esta modalidade tanto traduz uma ampliação como uma restrição, sendo que a mais significativa ampliação resulta da figura do juramento, isto é, do depoimento sob juramento prestado pelas partes e por terceiros («eidesstattliche Versicherung der Parteien und Dritter»), e a mais significativa limitação resulta do facto de os meios de prova apenas deverem ser considerados se forem imediatamente disponíveis ou realizáveis, nos termos do § 294, II, da ZPO.

Também neste contexto da prova sumária, enquanto sinónimo de prova condicionada, cumpre lembrar o panorama jurídico processual espanhol ⁽¹⁷⁰⁹⁾,

⁽¹⁷⁰⁸⁾ Cfr. B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 170.

⁽¹⁷⁰⁹⁾ A este propósito, por exemplo, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA (*Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 591 e 592) escrevem o seguinte: «De otra parte, el proceso cautelar es un proceso sumario en un sentido más técnico; es decir, en el sentido en que el órgano judicial tiene limitado su poder de conocimiento de si se producen los requisitos establecidos en la ley para la adopción de cualquier medida cautelar y si se ha acreditado el peligro de mora procesal, atendiendo a la apariencia de buen derecho. Esta limitación en el conocimiento del juez es la razón de que igualmente los poderes de alegación y de prueba en el proceso estén limitados extraordinariamente para las partes».

não só aquele que vigorava antes da alteração legal introduzida em 2000, como no actual. Assim, antes, no artigo 1428.º da LECiv., o legislador consagrava «o princípio da prova do direito por escrito». Contudo, por demasiado restrito, este requisito deixou de ser exigido. E, assim na falta de prova documental, o requerente pode, hoje, nos termos do artigo 728.º, n.º 2, da LECiv./2000, oferecer a prova da existência do direito, através de qualquer outro meio de prova, contudo as partes vêem extraordinariamente limitados os seus poderes de alegação e de prova ⁽¹⁷¹⁰⁾.

Em segundo lugar, e entrando na parte mais complicada, cumpre falar no sentido de prova sumária principalmente quando esta é associada ao processo sumário cautelar, sendo entendida como *prima facie cognitio ou semiplena probatio*, enquanto medida de prova inferior ao da prova plena, normalmente decorrente da *mera justificação, d'informatio iudicis, da probatio*, da *Bescheinigung* ou da verosimilhança, entendida esta em sentido restrito. Assim, quando falamos de *Bescheinigung*, queremos invocar a actual figura da *Glaubhaftmachung* — prevista no sistema alemão e à qual já nos referimos vezes sem conta. Esta figura é caracterizada fundamentalmente como uma modalidade simplificada e acelerada de demonstração dos factos. E tal simplificação também decorre, para além do que já vimos quanto às modalidades de prova, do facto de a mera justificação pressupor uma diminuição do grau de prova quanto à demonstração da credibilidade dos factos.

Assim, nos termos do § 920, II, da ZPO, a pretensão jurídica (ou *fumus boni iuris*) e a necessidade da providência (ou *periculum in mora*) devem ser justificados nos termos da *Glaubhaftmachung*. E, sendo avaliada livremente pelo juiz, é também o juiz que fixa a medida de prova que considera necessária para considerar convincente a justificação, em termos que a convicção do juiz sobre a factualidade justificada pode formar-se num grau inferior de intensidade, não sendo necessário alcançar a plena certeza. A mera justificação, normalmente a cargo do requerente e realizada na sua alegação inicial, é, pois, tida como prova sumária nesta perspectiva: enquanto medida de prova ou grau de prova inferior que é considerada suficiente para a demonstração da situação jurídica que se pretende acautelar. Aliás, neste preciso contexto do *Beweismaß*, a *Glaubhaftmachung* tem sido tratada pela jurisprudência ⁽¹⁷¹¹⁾ e pela doutrina

⁽¹⁷¹⁰⁾ A este propósito, vd. CALDERÓN CUADRADO, *Medidas cautelares...*, cit., pp. 163 a 169; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 592. No mesmo sentido, vd. D. BLANQUER, *La prueba...*, cit., pp. 144 ss.

⁽¹⁷¹¹⁾ Como diz I. SCHERER (*Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit., p. 93): «Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung wird von der Rechtsprechung vielmehr in einem bestimmten Rahmen unterhalb des Vollbeweises flexibel gehandhabt».

como medida de prova inferior à prova plena. A doutrina mais antiga classificava-a, por isso mesmo, como *minus plena probatio* ou «semiplena probatio» (1712) e há doutrina actual que ainda o faz. Assim acontece com BAUR/GRUNSKY, por exemplo (1713).

Ora, como apontámos já em considerações anteriores, a escola italiana clássica considerava que a verosimilhança constituía tanto um resultado de julgamento de prova como uma modalidade especial para demonstrar a credibilidade da situação jurídica urgente, alegada no processo cautelar. E, em abono da verdade, as particularidades da sumariedade do processo cautelar decorriam exactamente do facto de a demonstração da factualidade se poder estabelecer em termos de mera justificação ou de verosimilhança em sentido restrito. Coube a CALAMANDREI explicar o sentido restrito de verosimilhança: enquanto modalidade de demonstração dos factos, em termos que deveria bastar que a sua demonstração em juízo tornasse credível a provável existência do direito alegado, sendo que a mera alegação poderia ser considerada suficiente. E há, de facto, um sector da doutrina italiana que dá relevância autónoma à verosimilhança, como vimos (1714). É neste contexto que alguns afirmam que «nos processos cautelares, a aparência do direito toma o lugar do direito, e a verosimilhança toma o lugar da prova» (1715).

É claro que esta figura também foi sendo reconduzida a *relevatio ab onere probandi*, que consente considerar como existentes os factos, prescindindo totalmente da prova deles, bastando a mera alegação. E, como se sabe, foi por isso que tal modalidade foi sendo, cada vez mais, contestada no processo cautelar. Assim, tal como apresentada por CALAMANDREI e ratificada por TOM-

(1712) Sobre esta questão, H. PRÜTTING (in: *Münchener Kommentar...*, cit., p. 1781), em anotação ao § 294 da ZPO, escreve o seguinte: «Man hat deshalb früher die Glaubhaftmachung als eine “semiplena probatio” bezeichnet».

(1713) Neste sentido, F. BAUR/W. GRUNSKY, *Zivilprozeßrecht...*, cit., p. 158.

(1714) Há, de facto, autores, como F. TOMMASEO, que adoptaram exactamente este conceito de verosimilhança no âmbito do processo cautelar, de tal modo que afirmaram que o juiz pode formar a sua convicção tendo por base a mera verosimilhança da alegação factual, podendo decidir com base somente na verosimilhança das alegações. De facto, F. TOMMASEO (*I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 170 ss.) traça uma distinção entre tutela sumária cautelar e tutela sumária não cautelar a partir do plano da «qualidade» do «accertamento». Em particular, segundo este autor, na tutela sumária não cautelar o «accertamento» será sumário porque é realizado em procedimentos de contraditório rudimentar, sendo que o direito accionado em via sumária é objecto de cognição segundo o princípio *iuxta alligata et probata partium*, mesmo que seja «allo stato degli atti». Enquanto na tutela cautelar o *accertamento* será sumário porque meramente hipotético, no sentido de que «prescinde da aquisição de resultados probatórios e resulta da uma valorização da verosimilhança das alegações, fundada em termos de mero cálculo de probabilidade».

(1715) Neste sentido, E. A. DINI/M. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 58.

MASEO, é hoje, contudo, negada, uma vez que se considera que, à luz do direito positivo, o juízo cautelar se forma de maneira bem distinta dessa figura da verosimilhança ⁽¹⁷¹⁶⁾. E isto porque, hoje, à luz das normas em vigor e tendo em conta o tipo de providências requeridas, a aceitação de que o juiz possa adoptar uma providência cautelar tendo por suporte apenas a verosimilhança dos factos alegados, contrasta com o direito positivo, que dispõe que o juiz não deve contentar-se com a verosimilhança dos factos alegados e deve recolher a sua confirmação no plano probatório. Aquele conceito tornou-se não só contrário à lei, como perigoso.

Entre nós, também se afirma que a *summaria cognitio* se concretiza na forma sumária de aquisição e produção de prova: conjuntamente com a petição, o requerente tem de fazer a prova sumária do direito ameaçado e justificar o receio da lesão, cabendo ao requerido provar sumariamente qualquer excepção oposta por si ao direito alegado ⁽¹⁷¹⁷⁾. Contudo, o preciso conceito de prova sumária não é esclarecido. Na verdade, entre nós, a *summaria cognitio* foi fundamentalmente empregue para «contrapor a forma abreviada da produção e julgamento da prova, própria destes procedimentos [cautelares], à tramitação normal da instrução da causa para julgamento da matéria de facto» ⁽¹⁷¹⁸⁾. E, neste quadro, o conceito de prova sumária ou prova *prima-facie* e especialmente a figura da «simples justificação» ou verosimilhança foi sendo invocada como uma só e classificada por contraste com o de prova

⁽¹⁷¹⁶⁾ Assim, a verosimilhança coloca-se no quadro do *id quod plerumque accidit* e das máximas da experiência com este relacionadas e contrapõe-se a probabilidade. Esta resulta, de facto, *in concreto* e *a posteriori* da convicção do juiz, depois de avaliada a prova de que dispõe e depois de conhecidos os factos. A verosimilhança, pelo contrário, aparece *a priori* e em abstracto na convicção do juiz, tendo por base a alegação de facto cuja afirmação factual necessita ainda de ser comprovada (uma qualificação de um facto, nestes termos, corresponde à sua avaliação em termos de máximas de experiência, em termos que se considera que ele inclui a «normalidade» representada pela comum experiência). Neste sentido, quando se fala de verosimilhança, não se está ainda no domínio da prova, mas somente no campo da afirmação factual, cuja existência parece verosímil se corresponde à normalidade, isto é ao *id quod plerumque accidit*, relativo a certo sector da experiência.

⁽¹⁷¹⁷⁾ Como escreve M. TEIXEIRA DE SOUSA (*Estudos sobre...*, cit., pp. 230 e 231) conjuntamente com a petição, o requerente deve fazer a prova sumária do direito ameaçado e justificar o receio da sua lesão (artigo 384.º, n.º 1, do CPC). O tribunal ouvirá o requerido sempre que a audiência não ponha em risco sério o fim ou a eficácia da providência (385.º, n.º 1), caso em que se realiza a sua citação ou notificação, para que ele deduza a sua oposição (artigo 385.º, n.º 2). Em seguida, procede-se, quando necessário, à produção das provas requeridas ou determinadas oficiosamente (artigo 386.º, n.º 1, do CPC). A providência será decretada se houver a probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundamentado o receio da sua lesão (artigo 387.º, n.º 1, do CPC).

⁽¹⁷¹⁸⁾ ANTUNES VARELA *et al.*, *Manual de Processo Civil...*, cit., p. 25, nota 2.

stricto sensu ou *prova plena*. E, não obstante a variação terminológica, a prova sumária, tanto traduz uma modalidade de demonstrar a credibilidade dos factos alegados, de acordo com uma medida de prova inferior à prova *stricto sensu*, como traduz julgamento sumário da matéria de facto, uma vez que o juiz está autorizado a considerar existentes os factos prescindindo da plena certeza. De resto, a prova sumária, assim compreendida, descamba no *accertamento de qualidade inferior*. Enfim, temos para nós, contudo, que o sentido de prova sumária deve reconduzir-se para o de prova restrita ou não esgotada, isto é, prova imediatamente disponível, sendo, pois, de afastar a consideração da prova sumária como menos convincente. E, como veremos, esta ideia tem agora apoio na lei processual, tanto na civil (designadamente no artigo 385.º, n.º 5, do CPC) como na administrativa, especialmente no artigo 118.º, n.º 1, da CPTA.

1.3.2.2. Na sequência do que se afirmou, cumpre notar que a *summaria cognitio* também decorre do facto de, na actualidade, os sistemas processuais permitirem a atribuição ao juiz da urgência de poderes especiais de prova, em termos que este surge como uma terceira via de realização de prova, anulando o modelo paritário do contraditório. Na verdade, numa lógica de hegemonia do inquisitório sobre o dispositivo e da oficiosidade sobre o princípio da livre disponibilidade das partes, os códigos de processo civil consagram a possibilidade de o juiz ordenar oficiosamente prova, se considerar necessário, atribuindo-lhe poderes especiais para o efeito, incluindo o poder de determinar a prova atípica. No sistema italiano, por exemplo, o juiz pode determinar, se considerar necessário, a realização de prova excepcional e atípica. Assim, no âmbito do processo cautelar, é possível ordenar as «*sommarie informazione*». No contexto do segundo parágrafo do artigo 665-*sexies*, do c.p.c., e num quadro em que predomina o princípio do inquisitório em detrimento do princípio do dispositivo, na modalidade de princípio da disponibilidade de provas, previstos no artigo 115 (c.p.c.), a doutrina italiana defende que neste caso há «um poder-dever» de ordenar, se necessário, informação sumária, de modo a introduzir no processo as fontes de prova já existentes, designadamente a prova documental já produzida, e os meios de prova a produzir indicadas. Trata-se de um poder de iniciativa probatória de natureza oficiosa, que o juiz deve exercer se preenchidos dois pressupostos: «existir uma fonte de prova idónea» e «existir uma lacuna instrutória», não precisando de dar conhecimento às partes. Este é também um elemento conformador da sumariiedade cognitiva.

1.3.3. Mas mais: a simplificação da cognição sumária cautelar não se revela apenas porque a cognição sumária do processo cautelar tem características

especiais no que se refere aos meios de prova. Essas especificidades acrescentadas decorrem do facto de o procedimento probatório cautelar conter excepções aos princípios comuns que regem o procedimento probatório ordinário. Já vimos como, entre nós, e também em outros sistemas, o princípio da igualdade das partes, o princípio do dispositivo e o do contraditório saem diminuídos. E também o princípio que está previsto no artigo 522.º do CPC, o do valor extra-processual das provas, é desvirtuado. De acordo com este preceito, algumas provas produzidas num processo podem vir a ser utilizadas noutro processo contra a mesma parte. É o que acontece com os depoimentos de parte ou testemunhais e com os arbitramentos. Ora, o modelo de instrução e produção probatória cautelar consagra uma excepção a este princípio: «nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da acção principal» (artigo 383.º, n.º 4).

Também o julgamento da matéria de facto poder ser realizada e orientada de modo diferente e segundo critérios distintos do que vinculam o juiz de mérito. Na verdade, há autores que chamam a atenção para o facto de os princípios comuns referentes à repartição do ónus da prova sofrerem uma excepção no processo cautelar. Assim, há quem entenda que, tratando-se principalmente do decretamento da providência não precedida de audiência contraditória, cabe ao requerente da providência não só o ónus de alegar e provar todos os factos constitutivos do direito que alega ameaçado como também o ónus de provar a não existência de factos impeditivos, modificativos ou extintivos do seu direito, que normalmente compete à parte demandada provar. Também interferindo com as regras de julgamento da prova, há autores que consideram que o juiz cautelar está vulgarmente autorizado a servir-se do «balanço de interesses opostos», uma vez que na sua cognição deve ser tida em conta a finalidade das providências a emitir e os efeitos que decorrem da mesma. E, portanto, tal significa que, na dúvida quanto à verificação dos pressupostos de uma certa providência cautelar, tendo sido realizada uma instrução simplificada, o juiz deverá decretar — ou recusar — a providência solicitada tendo por base uma ponderação de custos/benefícios. Interferindo com as regras de prova e concretizando um género de regra *ad hoc* de repartição especial do ónus da prova, a providência cautelar poderá ser recusada ou deferida conforme o resultado do balanço de conveniência a efectuar.

2. Critérios de identificação da *summaria cognitio*

E eis que chegamos ao ponto de perceber o que pode resultar das limitações ou restrições ao direito probatório material e formal. E, assim, como a «cognição sumária» pressupõe que o legislador optou por prever limites aos

princípios gerais de prova, permitindo que a plena realização do contraditório seja atingida, designadamente, e que nem «todas as formalidades essenciais ao contraditório» sejam respeitadas ou que sejam restritas as modalidades de prova, cumpre perceber em que termos pode a *summaria cognitio* revelar-se e importa perceber que tipo de consequência é produzida ou que tipo de resultado é alcançado pela concretização deste tipo de cognição. Contudo, também, aqui devemos contar com diferentes posições doutrinárias. Já vimos que tradicionalmente a expressão *summaria cognitio* foi sendo contraposta à *plena cognitio*, assumindo-se como cognição *não plena*. E, assim compreendida, ela manifesta-se como ou não definitiva ou como incompleta, podendo desdobrar-se em duas modalidades, devendo uma ser obrigatoriamente entendida no quadro dos processos cautelares. Contudo, segundo outro entendimento, a *summaria cognitio* opõe-se tão-somente a *plena cognitio*, não derivando daqui a necessidade de considerar que a expressão *summaria cognitio* deva desdobrar-se numa sub-categoria de cognição sumária cautelar, sendo que ela fica somente no carácter sumário da instrução e produção de prova, uma vez que não afecta qualitativamente a intensidade com que o juiz forma a sua convicção quando julga a matéria de facto e a questão jurídica, apenas dizendo respeito à quantidade daquilo que ele pode conhecer.

Há, de facto, duas modalidades de resposta para este problema, sendo que um sector da ciência do direito processual tende a defender que é a urgência, a que acode o processo cautelar, bem como a natureza instrumental do processo, que determina a existência de uma especial modalidade de cognição sumária, sendo esta associada à natureza qualitativamente reduzida do *accertamento*. Já para um outro sector da ciência do direito processual, a urgência não pode significar perda da qualidade do julgamento, em termos que esta deva fazer obrigatoriamente diminuir a qualidade do julgamento da matéria de facto ou possa traduzir incompletude da subsunção dos factos provados ao direito. E assim, trazendo à colação os estudos desenvolvidos em três sistemas distintos, cumpre apresentar duas formas distintas de solucionar o problema, sendo que, remetendo as opiniões para o domínio da cognição cautelar, não há uniformidade quanto à necessária diminuição da prova dos *facta alligata*, nem quanto ao exame da questão jurídica ou quanto ao exame de conclusência. Assim, invocando, em primeiro lugar, a escola italiana, cumpre fazer realçar a existência de duas correntes de opinião, uma que se pauta segundo o «critério da qualidade do *accertamento*» e outra que restringe a *summaria cognitio* ao modelo de instrução e produção da prova, deixando de fora de tal sumariedade o *accertamento* final, já que aquele modelo não condiciona a qualidade do *accertamento final* (2.1.).

Também na Alemanha encontramos o mesmo tipo de posições. Assim, se é um facto que sempre existiu uma posição na doutrina que associou a

prova sumária a prova quantitativamente não esgotada, também é verdade que há um sector da doutrina que considera que a *Glaubhaftmachung* tanto traduz uma simplificação e aceleração na produção de prova como também traduz uma redução ou diminuição da medida de prova, por contraste com a necessária nos termos do § 286 da ZPO. E, assim, se nos termos desta medida o juiz não tem de estar convencido de que os factos («Tatsachen») alegados são verdadeiros, também é verdade que a doutrina não tem uma posição uniforme quanto à intensidade da medida de prova necessária para a formação da convicção do juízo urgente, invocando normalmente um grau inferior, a «überwiegende Wahrscheinlichkeit»⁽¹⁷¹⁹⁾. Contudo, cumpre também notar que se em relação ao exame da matéria de facto, a doutrina se identifica com a posição mencionada, já quanto ao exame de conclusão («Schlüssigkeitsprüfung») ou o exame de direito ou da *quaestio iuris*, há dois tipos de soluções (2.2.).

Ora, esta questão do *quantum* da prova necessário para considerar demonstrada certa factualidade nos processos sumários cautelares também se coloca entre nós. E, na verdade, não obstante a doutrina tradicional não tratar autonomamente esta questão, é clara a influência da dogmática italiana nas suas posições. Assim, não fazendo uma separação entre o julgamento da matéria de facto e o julgamento da matéria de direito, a doutrina nacional considerava que a cognição sumária se traduzia na formação de um juízo cautelar, sendo este um juízo de verosimilhança. E este juízo atinge tanto os pressupostos de facto como o pressuposto jurídico, isto é, a situação jurídica ou direito acautelando, que é objecto da causa principal. Contudo, há já uma minoria que vem questionando um conjunto de proposições clássicas. E assim, há quem considere que a *summaria cognitio* do processo cautelar tem especificidades no que respeita à demonstração dos factos, mas já não no que concerne ao julgamento da questão jurídica, falando a este propósito de julgamento completo (2.3.).

2.1. Como vimos, há uma corrente clássica que associa a urgência a um processo que pode dizer-se célere, simplificado e abreviado, no âmbito do qual se realiza uma cognição incompleta e superficial, sendo que tal tipo de cognição sumária conduz à formação de um juízo qualitativamente de menor intensidade, denominado por juízo de verosimilhança e este juízo atinge tanto a matéria de facto como também atinge particularmente a questão jurídica

(1719) Neste sentido, W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., p. 215; W. GRUNSKY, «Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes...», cit., pp. 277 e 282; B. HIRTZ, «Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast...», cit., pp. 110 e 111; M. HEINZE, in: *Münchener kommentar...*, cit., em anotação ao § 920, n. m. 12; D. LEIPOLD, in: *STEIN/JONAS Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 21. Auflage, Band 3, §§ 253-299a, Tübingen, 1997, em anotação ao § 294, n. m. 6; T. STOLZ, *Einstweiliger Rechtsschutz...*, cit., p. 56.

reconduzida ao *fumus boni iuris*. O direito alegado como existente e ameaçado é sempre examinado antecipadamente, mas a urgência determina que o exame seja sempre incompleto, reduzido, menor, numa palavra, seja analisado na sua aparência. Aliás, para alguns autores o julgamento da questão jurídica não é um verdadeiro julgamento, não sendo o *accertamento* final um verdadeiro *accertamento dichiarativo* (2.1.1.). Não obstante a posição clássica ser bem conhecida e ser tida em conta como ponto de partida nos estudos realizados posteriormente, muitos são os pontos de chegada (2.1.2.). A doutrina moderna opõe-se, claro está, àquela concepção, tendo procurado demonstrar os equívocos de tal corrente e tendo defendido que em qualquer cognição sumária há sempre um pleno conhecimento dos factos que sustentam os pressupostos de decretamento da tutela cautelar, sendo o juízo final um juízo de probabilidade — probabilidade cujo grau inferior, quando comparado com aquele que atinge o juízo de fundo, decorre de um conjunto de especificidades do processo sumário e da forma como o legislador determinou o conhecimento do *thema decidendum* (2.1.3.).

2.1.1. Aquela primeira compreensão parte de CHIOVENDA e sobretudo de CALAMANDREI e foi adoptada por um sector da doutrina moderna. Assim, já o dissemos, o juízo de verosimilhança que incide fundamentalmente sobre o pressuposto do *fumus boni iuris*, ou direito alegado como existente, é um «juízo hipotético» (1720) e é um juízo provisório, «um juízo que é considerado pela lei com relevância autónoma», «como fase distinta e contraposta à fase de descoberta da verdade». Neste sentido, o juízo sumário existe e é próprio dos processos cautelares, contrapondo-se ao juízo pleno que é próprio do processo principal, e, por isso, aquele é um juízo qualitativamente distinto. Principalmente apurado no contexto do processo sumário cautelar, isto é, no decurso de um processo cuja situação jurídica a acautelar é objecto de um processo principal, o juízo sumário é tido como qualitativamente diferente do pleno, uma vez que, em certas situações, o juiz decide às cegas, sem examinar o direito material aplicável à situação jurídica controvertida e, por vezes, sem ter realizado instrução probatória sobre os factos que demonstram a exis-

(1720) CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 64 ss.) utiliza a expressão «juízo hipotético» querendo com ela dizer que a cognição sumária sobre a existência do direito tem valor «non di accertamento ma di ipotesi»: «se questa ipotesi corrisponda alla realtà si potrà vedere soltanto quando sarà emanato il provvedimento principale». E a este propósito, seguindo o pensamento de CALAMANDREI, observa LIEBMAN («Unità del procedimento cautelare...», cit., p. 252) que em relação ao direito alegado pelo requerente, o juiz cautelar não pode «accertare l'esistenza», uma vez que «accertare l'esistenza è compito proprio del processo principale, bensì soltanto constatar la verosimiglianza».

tência do direito. E, como afirmou CALAMANDREI, uma vez que, é destinado à emissão de decisões interinas, pode fundar-se «num pedestal pouco resistente de verdade, também ela interina, pronunciada a partir de uma valoração de verosimilhança» (1721). E, neste sentido, a cognição sumária é aquela que, principalmente no que respeita à situação jurídica invocada, conduz à formação de um «juízo reduzido, uma vez que a questão jurídica será objecto de um exame completo por parte do juiz de mérito. Assim, assumindo-se como «juízo hipotético», o exame sobre a situação jurídica é sempre limitado, sendo o necessário para decretar a providência cautelar. Assim, decretada a partir de juízo de prognose, a decisão cautelar pressupõe sem dúvida a antecipação da decisão da questão jurídica, contudo esse juízo é muito ténue em alguns casos, é quase inexistente noutros, sendo somente o suficiente para antever em que sentido provavelmente decidirá o juiz da causa principal.

Cumpra notar que esta posição foi aceite por um sector da doutrina italiana mais recente, que considera que a *summaria cognitio* cautelar, que se justifica em virtude de uma valoração meramente probabilística sobre a existência do direito que se visa acautelar, é distinta da cognição sumária parcial exactamente pelo juízo sumário que nele se realiza quanto à situação jurídica que se alega como existente (1722). E neste sentido, a cognição sumária é adequada como instrumento de luta contra o factor tempo e, neste perfil, serve também para tutelar situações de urgência. Na verdade, defendendo um exame superficial sobre o direito que versa sobre a situação jurídica acautelar, MONTESANO entende que são actuais as ideias defendidas há vários anos por CALAMANDREI, no sentido de que para a pronúncia da providência cautelar não é necessário o convencimento do juiz sobre a existência do direito a tutelar, em termos que um princípio garantístico imponha um exame mais aprofundado, de modo a evitar que o «perigo que decorre da exigência em actuar rapidamente sacrifique a realização de justiça» (1723). Acresce que, para o

(1721) É o seguinte o conteúdo do artigo de CALAMANDREI («Verità e verosimiglianza...», cit., p. 187): «Qui, in questi procedimenti sommari, basta il giudizio di verosimiglianza a dar luogo senz'altro al provvedimento (possessorio o cautelare) favorevole: il che è ammesso, perché questo è un provvedimento destinato ad aver vita provvisoria, fino a che in un altro processo, nel quale il giudice procederà normalmente a una indagine approfondita di verità, si possa giungere al provvedimento definitivo, destinato a prendere il posto di quello provvisorio. Si tratta di provvedimenti interinali; che, appunto per questo, possono fondarsi sul piedistallo poco resistente di una verità anch'essa interinale, quale può venir fuori da una semplice valutazione di verosimiglianza».

(1722) Neste sentido, L. MONTESANO, «Strumentalità...», cit., p. 312.

(1723) Neste sentido, L. MONTESANO («Strumentalità...», cit., p. 312) afirma que «non credo (...) che al giudice della cautela va imposta una indagine più approfondita di quella voluta dalle oposte dottrine, per prevenire più facilmente il pericolo che, ripetendo ancora le parole di CALAMANDREI, l'esigenza di “far presto” sacrifichi troppo quella di fare giustizia».

autor, «não há uma verdadeira cautela sem que, por razões de tutela urgente, haja um relevante sacrifício ao normal garantismo». A diminuição da análise do direito a tutelar é, portanto, natural nestes processos: a prova é reduzida e é aquela que demonstra ser suficiente para que o juiz forme um juízo de verosimilhança (ou de probabilidade) quanto à existência dos factos que suportam a existência do direito e quanto ao direito. Assim, sendo a cognição sumária aquela que se opõe à cognição plena, ela conduz à formação de um juízo sumário e este tem relevância autónoma perante o juízo de verdade. Aquele, principalmente quando dirigido para a apreciação da situação jurídica a tutelar, ou *fumus boni iuris*, é tido como provisório, hipotético, limitado, sendo em todo o caso um juízo distinto do pleno, sendo, aliás um juízo sumário ou um «accertamento de menor qualidade» e, segundo outros, porque lhe falta uma «struttura dichiarativa», o juízo sumário proferido por razões de urgência não chega sequer a ser um «accertamento».

2.1.2. Como escreveu CHIOVENDA, no caso da cognição incompleta, a cognição do juiz é diversa da cognição plena e completa, ou cognição ordinária, que precede a sentença final e pode a esta contrapor-se com o nome de cognição sumária, nome que não tem nada que ver com o nome processo sumário. O que é então a cognição sumária e como CHIOVENDA distingue da cognição plena? Ora, tendo por pano de fundo a categoria dos «accertamenti con prevalente funzione esecutiva», CHIOVENDA individualizava dois tipos de cognição sumária. E, assim, distinguiu a «cognizione incompleta perché superficiale» e a «cognizione incompleta perché parziale». A primeira caracterizar-se-ia pelo facto de a decisão de condenação ser emitida, tendo por base aquilo (a prova) que até ao momento resultasse do processo e pelo facto de a cognição ordinária poder vir a suceder àquela (exemplo típico seria o *procedimento monitorio*). A segunda teria de característico o facto de a decisão de condenação ser proferida sem que o exame tivesse em conta todas as excepções invocadas pelo intimado, de tal modo que o exame de algumas delas ficaria reservado para uma fase sucessiva de cognição ordinária (exemplo típico seria a «condanna con riserva»).

Ao fim e ao cabo, há autores que consideram que no texto *chiovendiano* estão descritos dois perfis de sumariedade da cognição: num perfil, ela é associada à intensidade da cognição, sendo que se apresenta neste texto a *cognição superficial*, e, num outro perfil, associado à extensão da cognição, é revelada no texto a *cognição sumária parcial*. Ora, esta distinção, não obstante ter sido retomada por muitos autores que trabalharam este tema ⁽¹⁷²⁴⁾, funciona

⁽¹⁷²⁴⁾ A este propósito, cumpre destacar A. PROTO PISANI, «Appunti sulla tutela sommaria...», cit., pp. 309 ss.; L. MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti...*, cit.,

somente como ponto de partida, uma vez que pode ser indiciadora daquilo que separa a cognição sumária da plena, mas não é apta a individualizar uniformemente o *proprium* da cognição sumária, havendo até autores que negam a qualificação de cognição sumária à cognição parcial ⁽¹⁷²⁵⁾ e outros que negam o conceito de cognição sumária superficial, entendida esta última como cognição que tende a satisfazer-se como um exame menos intenso qualitativamente sobre a realidade dos factos alegados como existentes.

Neste contexto, não existindo uma total identidade entre as posições defendidas pela ciência do direito processual, há uma corrente que invoca a seguinte metodologia para identificar a cognição sumária, a saber: *Primo*: para poder estabelecer o carácter «pleno» ou «sumário» da cognição é preciso, em primeiro lugar, determinar as regras aplicáveis ao procedimento instrutório e verificar se elas configuram desvios e excepções à regulação do procedimento instrutório regra. Depois verificar em que termos os desvios prejudicam o conhecimento do *thema decidendum*. Assim, cumpre em seguida delimitar o *thema probandum* da causa, entendido como o complexo de factos juridicamente relevantes, cuja determinação é necessária para a emanação da decisão requerida. *Secundo*: Assim, a cognição pode definir-se como «plena» quando o *thema decidendum* da causa é examinado em todos os seus elementos factuais que o compõem, sem que haja redução do *thema probandum* ou sem que haja também menor intensidade na sua apreciação, já que no procedimento se realiza plenamente o contraditório e este não contempla quaisquer derrogações ao regime comum ou ordinário sobre a prova. *Tertio*: A cognição pode definir-se como cognição sumária ou parcial quando o conhecimento do *thema decidendum* é por uma outra forma limitado ou condicionado do ponto de vista horizontal, em termos que o *thema probandum* sofreu restrições. A cognição também se pode dizer sumária quando o conhecimento do *thema decidendum* é, por uma ou outra forma limitado ou condicionado, do ponto de vista vertical, no sentido de que o juiz não tem ao seu dispor todos os meios de prova, que lhe permitam atingir o pleno conhecimento dos factos, sendo certo que neste caso está-se perante a *cognição sumária superficial* ⁽¹⁷²⁶⁾.

pp. 149 ss. e 183 ss.; G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 50 ss.; G. SCARSELLI, *La condanna con riserva...*, cit., pp. 518 ss.

⁽¹⁷²⁵⁾ Vai neste sentido, L. LOMBARDO («Natura e caratteri...», cit., p. 482), a propósito da sentença de *condanna con riserva*, onde entende que há uma «cognição ordinária parcial», uma vez que nesta o juiz pode acolher o pedido, realizando para tal um cognição plena dos factos alegados e sobre os quais deva pronunciar-se, não havendo neste caso qualquer limitação quanto aos instrumentos probatórios.

⁽¹⁷²⁶⁾ A este propósito, L. MONTESANO (*Le tutele giurisdizionali dei diritti...*, cit., pp. 183 ss.) distingue, no âmbito da cognição sumária, a «cognição incompleta», que assenta sobre

Normalmente, esta forma de cognição sumária surge associada pela doutrina a um tipo especial de processos urgentes, aos processos cautelares, mormente quando não se realiza a audiência contraditória.

Por exemplo, ARIETA/DE SANTIS/MONTESANO são exactamente autores que, na senda daquela doutrina clássica, distinguem duas modalidades de cognição sumária, sendo que uma delas, a cognição sumária superficial, é aquela que é associada à urgência e em especial à cognição típica de menor intensidade que se realiza nos processos cautelares. Para os autores, a cognição sumária, enquanto actividade lógico-jurídica que o juiz é chamado a realizar com a finalidade de pronunciar uma determinada providência, pode assumir a natureza de parcial, se não atende a todos os factos relevantes para a decisão, e incompleta ou superficial, sendo que esta acontece quando a pronúncia é baseada numa valoração meramente probabilística sobre a existência do direito que é objecto da tutela, valoração esta que o juiz está autorizado a realizar em casos determinados ou, em termos gerais, atendendo ao particular tipo de prova ⁽¹⁷²⁷⁾. Neste sentido, cumpre reforçar que a prova sumária por razões de urgência, própria dos processos cautelares, é tida por superficial e isso, segundo esta opinião, traduz-se especialmente na intensidade menor da convicção do juiz quanto à realidade dos factos que são alegados como existentes, mormente do que suporta a situação jurídica. Como para estes autores não é necessário que no espírito do juiz se forme uma convicção plena quanto à existência do direito, bastando que seja provável a existência dessa situação jurídica alegada, a *summaria cognitio* também traduz menor intensidade de conhecimento e isso traduz finalmente a formação de um *accertamento* final qualitativamente mais reduzido.

aquilo que até ao momento resulta do processo em curso, da «cognição superficial» que se manifesta numa valoração meramente probabilística acerca da existência do direito que é objecto da tutela. No mesmo sentido, L. MONTESANO/G. ARIETA, *Diritto Processuale Civile*, Vol. III, cit., p. 140. Também G. SCARSELLI (*La condanna con riserva...*, cit., pp. 520 ss.) identifica o *proprium* da «cognição sumária limitada qualitativamente» (que é considerada como sinónimo de cognição superficial), por contraste com «a cognição quantitativamente limitada» (que corresponde à cognição parcial), no facto de a pronúncia do juiz poder resultar somente da verosimilhança mais do que tendo por base a prova plena dos *facta probanda*.

⁽¹⁷²⁷⁾ Como apontámos, G. ARIETA/F. DE SANTIS/L. MONTESANO (*Corso base di diritto processuale civile...*, cit., p. 138) escrevem o seguinte: «la sommarietà di siffatte forme di tutela è, dunque, in primo luogo sommarietà di cognizione, cioè dell'attività logico-giuridica che il giudice è chiamato a compiere ai fini della pronuncia del provvedimento. La cognizione sommaria può essere: incompleta, quando la pronuncia si fonda su quel che, al momento, risulta agli atti del processo in corso; superficiale, quando la pronuncia è basata su una valutazione meramente probabilistica circa l'esistenza del diritto oggetto di tutela, valutazione che la legge rimette al giudice caso per caso, ovvero consente in via generale in relazione alle prove della fattispecie costitutiva che la stessa legge considera più certe, o meno incerte, di altre».

2.1.3. E há, efectivamente, um sector da doutrina que considera que o carácter da cognição sumária só tem que ver com o momento ou fase de instrução e produção de prova e não tem nada que ver com a intensidade ou com o convencimento do juiz. Só antes há redução e diminuição de prova, mas tal não significa que haja diminuição da intensidade do conhecimento por parte do tribunal. Com efeito, há um sector da doutrina moderna que considera que o conceito de *summaria cognitio*, por contraste com o conceito de *cognitio plena*, própria do procedimento de instrução probatória regra ou comum, abrange apenas a simplificação procedimental, concretizada através da previsão de um conjunto de processos especiais, simplificados, distintos e heterogéneos, caracterizados por neles se realizar uma instrução probatória distinta, sujeita a um conjunto especial de regras de produção e aquisição de prova, sendo que, em algum caso, tal simplificação e aceleração influa ou determine a qualidade do juízo final. Assim, tal modelo de cognição sumária não pressupõe a lógica de decidir de forma pior ou melhor, com mais ou menos intensidade e muito menos com mais ou menos qualidade. A previsão de um sistema de sumariedade pressupõe somente configurar-se um sistema distinto com especificidades distintas de instrução e produção de prova. E, não obstante defenderem a existência de especificidades, estas não têm nada que ver a qualidade do *accertamento* final. Seguindo um critério que nada tem que ver com a «qualidade do *accertamento*», tal doutrina aponta para um conceito amplo de cognição sumária, fazendo corresponder ao conceito de *summaria cognitio* vários tipos de «cognição não plena». *Primo*: aquela inclui o tipo de cognição que até pode ser plena, mas «não é definitiva». *Secundo*: inclui o tipo de cognição que «é parcial» ou «não completa», isto é, que é limitada apenas a uma parte dos factos da causa, v. g., que não atende aos factos modificativos ou extintivos, normalmente invocáveis pela parte demandada na sua defesa. *Tertio*: inclui o tipo de cognição desenvolvida de acordo com um procedimento instrutório informal e por meio de tipos de prova considerados não normais ou não comuns ⁽¹⁷²⁸⁾.

Enquadrada num cenário de «tendência para a sumarização do modelo da instrução probatória civil» e no *quadro do probabilismo*, alarga o conceito de *summaria cognitio* por contraste com o conceito de *cognitio plena*, própria do procedimento de instrução probatória regra ou comum, fazendo simplesmente corresponder aquela expressão a um conjunto de processos especiais, simplificados, distintos e heterogéneos, caracterizados por neles se realizar uma instrução probatória distinta, sujeita a um conjunto especial de regras de produ-

⁽¹⁷²⁸⁾ Sobre este assunto, vd. A. CARRITA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 302 a 305; L. LOMBARDO, «Natura e caratteri...», cit., p. 514.

ção e aquisição de prova, sendo que, em algum caso, tal simplificação e aceleração influa ou determine a qualidade do juízo final. Assim, opondo-se à corrente que procede à distinção entre a cognição sumária e a sumária cautelar, tendo por base «o critério da qualidade do *accertamento*», este grupo da ciência italiana do direito processual defende que é possível configurar a existência de um sistema de sumariedade. E, não obstante defenderem que este contempla especificidades concernentes ao decretamento de decisões cautelares, as especificidades não têm nada que ver com a qualidade do *accertamento* final ⁽¹⁷²⁹⁾.

Assim, procurando demonstrar que aquele critério, cuja origem remonta a CALAMANDREI, é falacioso, uma vez que assenta numa confusão entre os conceitos de verosimilhança e de probabilidade, um certo sector da doutrina considera que a *summaria cognitio* pode assumir contornos especiais por causa da urgência, sendo que tais contornos dependem mais do tipo e da forma de realização da prova do que da qualidade do juízo que são capazes de sustentar. Já vimos, que aquele conceito é um equívoco jurídico, cuja origem está num erro de tradução da expressão alemã «Wahrscheinlichkeit», já que aquela palavra não poderia nunca ter sido traduzida pela palavra italiana «verosimiglianza» ⁽¹⁷³⁰⁾. E, como já afirmámos, a doutrina que se inspirou nos estudos de CALAMANDREI acrescentou a este erro outros novos, tendo multiplicado os equívocos do autor, fazendo passar a ideia de que a cognição sumária, própria dos processos cautelares — e, por isso, própria da urgência — é uma «cognição menos intensa», «reduzida», um «quid minus» e de «qualidade inferior», um tipo de cognição que pode mesmo prescindir da produção de qualquer meio de prova. Enfim, dos vários estudos dedicados a este tema sai reforçada a ideia de um conceito unitário de sumariedade, sendo que a especificidade da *summaria cognitio* do processo cautelar se revela apenas no grau inferior de probabilidade que nestes casos o legislador exige que o juiz atinja quanto ao *thema probandum* para pronunciar a decisão urgente, exigindo-se o *minimum* de probabilidade. E, assim, a ideia de um conceito unitário de sumariedade, não impõe que se negue a existência de especificidades da *summaria cognitio* do processo cautelar.

Por exemplo, CARRATTA destaca o *minimum* de *accertamento* de que beneficia o juízo cautelar perante outras formas de cognição sumária (2.1.3.1). CAVALLONE dá relevância ao especial *thema probandum* do processo cautelar,

⁽¹⁷²⁹⁾ Sobre este assunto, cfr. L. LOMBARDO, «Natura e caratteri...», cit., p. 514.

⁽¹⁷³⁰⁾ Cumpre destacar A. PROTO PISANI, «La tutela sommaria...», cit., esp. pp. 345 ss.; A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 254 ss.; B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires...», cit., pp. 164 ss.

que é reduzido perante o da causa principal, e a um momento especial do julgamento da matéria de facto (2.1.3.2.). Para LOMBARDO o *accertamento* que versa sobre a causa cautelar é tão pleno como o que versa sobre a causa principal, sendo sempre um juízo de probabilidade, o que varia é a natureza do *thema decidendum*: num caso os *facta alligata* são sempre hipotéticos (sobretudo os que suportam o *periculum in mora*) e noutro são factos *tout court* (2.1.3.3.).

2.1.3.1. Já tivemos oportunidade de verificar que CARRATTA, tendo procedido ao estudo dos processos antecipatórios *tout court*, concluiu que a natureza sumária da cognição neles prevista tanto é sinónimo de «cognição não completa» e «não definitiva» como de «cognição informal», variando, pois, segundo os casos previstos na lei. E CARRATTA considerou que a diferença existente entre a cognição sumária destes processos e a dos processos sumários cautelares se resume ao «grau de probabilidade considerado suficiente para a emissão de cada uma das pronúncias emitidas nesses processos», já que em ambos os casos se está perante processos sumários com cognição de natureza sumária, sendo que os processos sumários cautelares também tendem a formar a convicção do juiz em termos de probabilidade. E quando se fala em juízo de verosimilhança deve entender-se esta expressão como sinónimo de juízo de probabilidade, entendido este como «juízo menos pleno do que o juízo de certeza», sendo que deve ser compreendido numa perspectiva gradualista, que inclui «diferentes graus de probabilidade». Enfim, a grande diferença que CARRATTA encontrou entre a cognição sumária cautelar e a cognição própria do tipo de processos antecipatórios por si estudados, que também são sumários e de cognição não plena, prende-se com o «grau mínimo de probabilidade exigido para a emissão de cada uma das pronúncias emitidas nesses processos», sendo que a primeira pressupõe a aquisição de um grau mínimo de probabilidade sobre a existência dos factos.

2.1.3.2. E CAVALLONE vai no mesmo sentido. Entende este autor que o conceito de verosimilhança «é pouco convincente», mostrando-se menos convincente ainda «a imagem do juiz que não procura a verdade e nem aspira à certeza jurídica», ou seja, aquela figura de «um juiz que fica satisfeito com a verosimilhança ou com a aparência de situações de facto alegadas», «aquilo que se descreve através da fórmula *fumus boni iuris*»⁽¹⁷³¹⁾. Com efeito, acrescenta o autor, que, «antes de mais, é preciso dizer que estes termos são habitualmente utilizados com pouco rigor» e com equívoco. Por exemplo, a «verosimilhança» — que, substancialmente, não é senão a conformidade ao *id*

(1731) B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 173.

quod plerumque accidit, segundo as regras e máximas da experiência, e que respeita às alegações das partes sobre os factos — tem, na verdade, pouco a ver com «probabilidade», que, na realidade, resulta da avaliação da prova efectivamente produzida». E, então, o autor esclarece a origem do equívoco: «como se demonstrou, a confusão existente na doutrina italiana, tem como explicação o facto de ambos os termos [verosimilhança e probabilidade] se exprimirem na língua alemã pelo vocábulo *Wahrscheinlichkeit*» (1732). Neste sentido, a probabilidade, enquanto medida de convicção suficiente é aquela que serve também para o juiz do processo de cognição plena. Na realidade, também este deve, em geral, contentar-se com a «probabilidade», uma vez que a verdade é um conceito excessivo para a investigação judiciária — e, mesmo, para qualquer uma que seja humana. Então, para CAVALLONE, «a certeza» e a «aparência» são termos psicológicos e literários, que de sentido jurídico têm muito pouco (1733). E, assim, conclui: «não é, pois, verdade que o juiz que emite uma decisão judicial provisória avalie o material probatório rodeando-se de critérios diferentes dos seguidos pelo juiz de mérito quando emite a decisão definitiva (que surge de acordo com a «apreciação prudente», nos termos do artigo 116.º do c.p.c., ou de acordo com as regras de prova legal existentes).

Contudo, este autor também considera que se, a propósito de cognição sumária, não deve falar-se em exame menos intenso e em juízo qualitativamente diferente, já deve, no entanto, destacar-se como distinto o aspecto respeitante à quantidade do material probatório sob que versa a cognição do juiz ou, mesmo, ao modo como esse material é produzido e junto ao processo. Ainda assim, reconhecendo a simplificação que caracteriza os processos cautelares no sistema processual civil italiano, CAVALLONE entende que «nunca se poderá afirmar que nos processos cautelares o exame do *thema probandum* é mais esfumado que o habitual» (1734). Outra é, portanto, a diferença. E a diferença decorre fundamentalmente da simplificação do procedimento instrutório e não se manifesta na apreciação qualitativa. E essa ideia que aponta para a apreciação qualitativa não pode manter-se, como afirma o professor de Milão, porque é metodologicamente falsa, já que pressupõe que tal sistema de instrução sumária ou simplificada não é apto para fornecer ao juiz um conhecimento completo e profundo da situação factual em relação à qual terá de se pronunciar. Na verdade, o sistema da *cognitio summaria* — normalmente justificado pela urgência e pela necessidade

(1732) B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 173.

(1733) B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 173.

(1734) B. CAVALLONE, «Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 173.

de decidir rapidamente — não é algo de «menor» ou «de pior» em relação ao sistema da *cognitio plena* (que se realiza de acordo com o emprego de todos meios de instrução normais), como sustenta CAVALLONE. Ele é apenas um sistema simplificado, sendo que a simplificação não afecta a qualidade do *accertamento* ⁽¹⁷³⁵⁾. Pelo contrário, tida como falsa a proposição de que a cognição do processo cautelar conduz à formação de um *accertamento* sumário (ou reduzido) ou à verosimilhança, e tidos como equívocos, os conceitos de «juízo hipotético» e de «*fumus boni iuris*», em qualquer caso a cognição sumária traduz-se num *accertamento* pleno sobre o material probatório, em termos que a convicção do juiz deve formar-se em termos de probabilidade, podendo esta assumir distintos graus ⁽¹⁷³⁶⁾.

É verdade que CAVALLONE também defende que o julgamento de facto pode orientar-se por critérios distintos daqueles a que obedece o juiz da causa principal. Assim acontece quando o julgamento da matéria de facto desemboca numa situação de *non liquet*. Ora, nestas situações, e à semelhança do raciocínio *leipoldiano*, o autor considera que o juiz deve socorrer-se de um critério especial de decisão, sendo que, segundo o autor, esta questão interfere com o tema das regras de prova e em especial com a questão da aplicação nestes processos da regra sobre repartição do ónus de prova. Tal critério é o do «balanço de interesses opostos», uma vez que na cognição sumária cautelar deve ser tida em conta a finalidade das providências a emitir e os efeitos que decorrem da decisão do juiz. E, portanto, tal significa que, na dúvida, quanto à verificação dos factos alegados constitutivos do direito alegado (tipo 50%-50%), o juiz deve decretar — ou recusar — a providência solicitada tendo por base uma ponderação de custos/benefícios, servindo-se de um critério especial de

⁽¹⁷³⁵⁾ Na verdade, B. CAVALLONE («Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 173) escreve o seguinte: «il n'est en effet pas vrai (...), que le juge de la mesure provisoire évalue le matériel d'instruction rassemblé auprès de lui selon des critères différents de ceux appliqués par le juge du fond (...). Diverses pourraient être en tout cas la quantité de ce matériel (...) ou les modalités de son acquisition au procès. Mais ceci ne veut pas dire qu'il y a dans le jugement de fait quelque chose de plus «fumeux» que d'habitude».

⁽¹⁷³⁶⁾ Também, C. CONSOLO («Il processo cautelare: profili generali», RTDPC, 1996, p. 348) fala nesta forma de julgamento da matéria referente ao pressupostos do *fumus boni iuris*. Este é avaliado segundo uma medida gradual e variável, conforme o tipo de providência e o tipo de efeitos negativos decorrentes de tal providência, uma vez que está em causa uma valoração prognóstica, falando-se tanto de «possibilidade de vitória no processo principal», de «verosimilhança» e de «probabilidade» e de «não manifesta falta de fundamentação da pretensão». Segundo o autor, «a noção de *fumus iuris* não só não pode como não quer exprimir um *standard* valorativo uniforme e constante, devendo antes modular-se em função do tipo de providências requeridas e os prejuízos em causa existentes: um mínimo para a de produção de prova antecipada e um máximo para as providências antecipatórias».

repartição do ónus da prova, afastando a regra que lhe determina que só deve decidir a favor de quem prova o que alega ⁽¹⁷³⁷⁾.

2.1.3.3. Finalmente, trazemos à colação a posição de LOMBARDO. Apresentada apenas no contexto do regime previsto para a cognição sumária cautelar, o seu entendimento vai no sentido de considerar errado contrapor a cognição sumária à cognição plena sem perceber que a diferença essencial reside na natureza do *thema probandum* próprio do processo cautelar. Na verdade, este é caracterizado pelo facto de o seu objecto corresponder a um objecto de mera probabilidade. Ao contrário do processo de cognição ordinário, que visa comprovar a existência das circunstâncias factuais que constituem o seu *thema probandum*, no processo cautelar o *thema probandum* é um tema de probabilidade, não sendo necessária a prova da existência do direito a proteger, nem é necessária a certeza do dano a evitar. Por isso, vale, aqui, também a ideia de probabilidade, sendo que esta é entendida enquanto juízo para que tende qualquer cognição. De resto, como afirma LOMBARDO, entender que a cognição do processo cautelar é um *quid minus* em relação àquela que se realiza no processo ordinário ou entender que o nível de *accertamento* é menor naquele processo do que no dito ordinário é confundir a verosimilhança com a probabilidade. E, como justificou o conceito de verosimilhança em sentido restrito não tem consagração legal. Em qualquer caso, o juízo cautelar é um juízo pleno. E assim, mesmo aceitando que o *accertamento* realizado pelo juiz em relação a cada um dos pressupostos do decretamento das providências cautelares tenha diferentes efeitos, já que o que é realizado sobre o *periculum in mora* tem carácter definitivo e o que abrange o *fumus boni iuris* tem carácter provisório, esse *accertamento* tem igual qualidade, já que é uma consideração conforme com a regra da formação do juízo prevista no artigo 2697 c.c. (princípio do ónus da prova, que é «princípio lógico elementar»: ninguém pode afirmar a existência de um facto se dele não há prova suficiente).

Em suma, a afirmação de que a cognição cautelar tende a formar, de um ou de outro modo, um juízo de menor intensidade, um *quid minus* em contraste com o processo ordinário, é errada. E errado é contrapor a cognição sumária à cognição plena sem perceber que a diferença essencial reside na natureza do *thema probandum* próprio do processo cautelar: este é caracterizado

⁽¹⁷³⁷⁾ Na verdade, B. CAVALLONE («Les mesures provisoires et les règles de preuve...», cit., p. 173) escreve o seguinte: «La prise en considération de la «balance des intérêts opposés» pourrait en effet se traduire dans une règle de jugement spéciale (...), selon laquelle le juge du fond qui reconnaît à la thèse de fait du demandeur une probabilité de fondement de moitié (...) doit repousser la demande en appliquant la règle de jugement «ordinaire» le l'article 2697; au contraire dans la situation correspondante, le juge du provisoire devrait (...) accueillir ou rejeter la demande, en application précisément de la règle de jugement spéciale».

pelo facto de o seu objecto corresponder a um objecto de mera probabilidade. Ao contrário do processo de cognição ordinário, que visa comprovar a existência das circunstâncias factuais que constituem o seu *thema probandum*, no processo cautelar o *thema probandum* é um *thema* de probabilidade, não sendo necessária a prova da existência do direito a proteger, nem é necessária a certeza do dano a evitar. E isto faz toda a diferença para LOMBARDO: «pois se o carácter de probabilidade do *thema probandum* está colocado a *montante* da instrução probatória não é metodologicamente correcto transferi-lo para jusante da instrução, isto é, deslocá-lo para o julgamento da questão de facto («giudizio di fatto») e para a questão da convicção do juiz («convincimento del giudice»). Na verdade, o autor considera que, quando se diz que o *accertamento* exigido pelo legislador para que seja decretada uma providência cautelar é «menos pleno» do que aquele que é exigido para a prolação da sentença de mérito (porque é assente num menor grau de certeza), está-se a realizar uma operação estranha: avalia-se a qualidade da cognição do processo cautelar, a qual se denomina de não plena, a partir de um *thema probandum* diverso: não o *thema probandum* do processo cautelar, mas o do processo principal. O esquecimento do carácter probabilístico do *thema probandum* do processo cautelar é um erro metodológico.

Assim, de acordo com o artigo 669-*sexies* do c.p.c., o juiz cautelar deve realizar um verdadeiro e próprio *accertamento* dos pressupostos de que depende a concessão da tutela cautelar, a saber: deve conseguir a prova plena da existência dos pressupostos da tutela cautelar segundo o disposto no artigo 2697 c.c. italiano. É verdade que a prova plena necessária é a prova plena da existência de uma probabilidade, porém, isso não significa que a convicção do juiz seja menor do que aquele que é exigida para a prolação da decisão de mérito. A convicção deve ser plena em ambos os juízos, sendo que cada um deles tem o seu *thema probandum*: um tem por objecto a probabilidade da existência dos factos, o outro a sua existência *tout court*.

2.2. Em vários momentos desta dissertação, já verificámos que a escola alemã tem apresentado mais do que um entendimento sobre o conceito de cognição sumária. Já vimos em que termos a polémica em torno da *figura iustinianea* de *summatim cognoscere* ficou aberta na Pandectística e já vimos em que termos tal tema foi retomado em torno da figura da *Bescheinigung* (2.2.1.). Neste contexto, cumpre dizer que a mesma polémica ainda se mantém em torno da *Glaubhaftmachung* e isso significa que há na doutrina quem considere que esta modalidade de demonstração da factualidade traduz uma diminuição (abaixamento) do grau de prova (2.2.2.).

Contudo, como uma parte da doutrina considera que a *Glaubhaftmachung* apenas se aplica aos factos, isso significa que só os factos são objecto

da apreciação e da convicção sumária do juiz, caindo os aspectos de direito no sistema de cognição plena (1738). De resto, para outra parte da doutrina tanto os aspectos de direito como os aspectos de facto devem ser sempre sumariamente apreciados e valorados, tanto mais que o § 920 da ZPO não faz qualquer distinção entre o pressuposto de direito e o de facto, pelo contrário inclui nele expressamente o *Anspruch* (Abs. II) (1739), sendo, pois, clara a ideia de que a urgência determina a diminuição do julgamento da questão jurídica (2.2.3.).

2.2.1. Como vimos, BRIEGLEB realizou o primeiro estudo sistemático sobre a figura de *summatim cognoscere*, prevista no Digesto do *Corpus Iuris Civilis*, e reservou a expressão processo sumário («summarischer Process») para designar o processo em que se realiza a «prima-facie-cognition», sendo que é a partir desta figura, e depois de elaborados os seus princípios, que o autor identificou as regras-fundantes da «summarische Cognition» (1740). E, não

(1738) Por exemplo, a este propósito, H. THOMAS/ H. PUTZO (ZPO, *Zivilprozessordnung...*, cit., p. 450) referem na anotação ao § 294 da ZPO que «Glaubhaftmachung ist eine Beweisführung, die dem Richter einen geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit vermitteln soll. Sie kommt nur in Frage für beweisbedürftige Tatsachen». E referem também que «wenn Glaubhaftmachung für eine Partei zulässig ist, gilt sie auch zur Widerlegung für die Gegenpartei». Contudo, também referem em anotação ao § 920, Abs. 2, que «mit Glaubhaftmachung sind die Tatsachen (...) gemeint, iü ist die Intensität der rechtlichen Prüfung nicht erleichtert» (p. 1395). Neste sentido, vd. I. SCHERER, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit., esp. p. 61.

(1739) Sobre esta questão, vd. D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 64 ss. E, vd. tb., W. GRUNSKY, «Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes...», cit., p. 281.

(1740) Segundo H. K. BRIEGLEB (*Einleitung in die Theorie...*, cit., pp. 169 ss. e 303 ss.), a «prima-facie-Cognition», que tradicionalmente se contenta com a averiguação e a realização do «id, quod prima facie justum videtur», tendo sido conservada e elaborada posteriormente, constitui, para o autor, a fonte do regime de toda a moderna «cognição sumária» («summarischen Cognition»). É a partir dela que resultam as «Grundregeln» da *summaria cognitio*: a primeira: «Zulässigkeit aller in continenti liquidierlichen defensionen des Beklagten, Unzulässigkeit aller Defensionen altioris indaginis» (pp. 304 ss.); a segunda: «Nothwendigkeit anticipirter und schleuniger (unverzüglicher) Beweise, welche sich nicht durch Unterscheidung zweier Arten von- schleunigen und langsamen Beweismitteln bestimmen lassen»; a terceira: «die summarische Cognition präjudicirt der nachfolgenden Geltendmachung aller Vertheidigungsmittel, auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt, nicht» (pp. 343 ss.); a quarta: «willkürlicher Uebergang aus dem summarium in's ordinarium ist unzulässig» (pp. 348 ss.); a quinta: «jede in summario unterlegene Partei muss zur Geltendmachung ihrer Ansprüche auf volle Schadloshaltung für die durch die summarische Massregel erlittene Beeinträchtigung ihres Rechtes in ordinario zugelassen werden» (pp. 351 ss.). H. K. BRIEGLEB (*Einleitung in die Theorie...*, cit., pp. 169 ss. e 375 ss.), no contexto da «Qualität des summarischen Beweises» considera que «der Beweis ist zwar objectiv unvollständig, einsitig, *semiplena probatio*, muss aber qualitativ vollkommen, *vera et solida probatio* sein; die entgegengesetzte Lehrmeinung, welche sich mit “blosser Bescheinigung” begnügt, ist falsch, und soll im Folgenden geprüft werden» (pp. 375 ss.). Para o autor, «das Begnügen mit blosser Bescheinigung ist *a priori* undenkbar» (p. 434) e «ein Verfahren mit blosser Bescheinigung ist vollkommen zweckwidrig» (p. 438).

encontrando um diferença quanto aos motivos ou argumentos probatórios («Beweisgründe») entre a «prova sumária» e a prova plena, uma vez que a prova (ou material probatório) no processo sumário apenas se caracteriza por uma objectiva redução, variabilidade ou incompletude e não pressupõe nenhum elemento qualitativo quanto à produção da convicção do juiz, em termos que ela não traduz uma qualitativa diminuição, um enfraquecimento ou a imperfeição da convicção do tribunal ⁽¹⁷⁴¹⁾. BRIEGLEB considerou que a única diferença existente entre a prova sumária e a *plena probatio* apenas residiria, pois, na restrição e no não esgotamento do material probatório que é característica do processo sumário, sendo que em caso algum tal diferença apela a considerações qualitativas concernentes à razão, força ou capacidade para tal prova formar a convicção do juiz. Não traduzindo nenhuma fraqueza (nem possuindo menor integridade, nem menor força convincente) para este efeito, para efeitos de demonstração da realidade dos factos, a medida da prova sumária é igual à medida de prova plena: em qualquer caso há aptidão para produzir a plena convicção do tribunal («das Beweismaß ist hingegen dasselbe: Volle Überzeugung des Gerichts» ⁽¹⁷⁴²⁾).

2.2. Como verificámos, o processo que desemboca no decretamento de tutela jurisdicional urgente e provisória — *einstweilige Rechtsschutz* — possui características especiais. Já falámos das que traduzem a sumariedade procedimental e das que concretizam a sumariedade cognitiva. Assim, no que respeita a este último aspecto afirmámos que esta decorria, de entre outros aspectos, da possibilidade de aplicação da *Glaubhaftmachung*, uma vez que esta também traduz uma diminuição (abaixamento) do grau de prova («Herabsetzung des Beweismaßes»), sendo pois, uma característica do processo urgente. E, como dissemos, esta modalidade de prova, prevista no § 294 é também associada à expressão «Wahrscheinlichkeit», sendo que, quando aplicado aos processos sumários de «Arrest» e de «einstweilige Verfügungen», isso significa que os pressupostos de que depende a decretação desta providências devem ser justificados e a credibilidade da sua existência deve ser alcançada em termos de probabilidade.

⁽¹⁷⁴¹⁾ Como já apontámos, H. K. BRIEGLEB (*Einleitung in die Theorie...*, cit., pp. 169 ss. e 375 ss.) escreve o seguinte: «den Beweis in summario charakterisiert die objective Beschränkung oder Unvollständigkeit, nicht die qualitative Abschwächung oder Unvollkommenheit der Beweisgründe».

⁽¹⁷⁴²⁾ Como conclui I. SCHERER (*Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung...*, cit., p. 35): «Der Unterschied zwischen Bescheinigung und Vollbeweis liegt allein in der Beschränkung der Beweismittel im summarischen Verfahren: das Beweismaß ist hingegen dasselbe: Volle Überzeugung des Gerichts».

É certo que também falamos de probabilidade quando nos referimos ao modelo regra de prova, previsto no § 286 da ZPO, cuja configuração permite obter a livre convicção do juiz sobre a verdade dos factos. Claro está que, no contexto do *Beweismaß*, a *Glaubhaftmachung* é, pois, associada à *Wahrscheinlichkeit* ou probabilidade, sendo esta entendida como medida de convicção inferior à exigida pelo modelo da prova plena («Vollbeweis»): a corrente maioritária indica como certa a «überwiegende Wahrscheinlichkeit». Sendo certo que, nos termos da regra geral fixada no § 286 não é necessário alcançar senão uma decisão que afaste todas as dúvidas, a expressão «verdade» significa conseguir uma probabilidade tão elevada («hohe Wahrscheinlichkeit») que seja suficiente para *calar* as dúvidas («daß Zweifeln Schweigen geboten ist») sem as anular por completo. E sendo certo que perante um facto que tem de ser provado em termos de *Glaubhaftmachung*, o juiz tem apenas de ficar convencido da «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» quanto à existência desse facto⁽¹⁷⁴³⁾, tudo significa que está em causa sempre a formação da convicção do tribunal em termos de probabilidade. Enfim, a probabilidade preponderante traduz a ideia de que se formou no espírito do julgador a convicção de que há mais razão a favor da verdade dos factos do que em sentido contrário (mais de 50%). Ou, por outras palavras, a probabilidade preponderante significa que se formou no espírito do julgador a convicção de que há mais razão a favor da verdade dos factos do que em sentido contrário. Enfim, segundo WALKER há também nisto um efeito acelerador do processo urgente, uma vez que é mais fácil e rápido para o requerente atingir a *Glaubhaftmachung* que a prova plena. Assim, a probabilidade preponderante pode ser suficiente quando uma das partes assegura a veracidade de certos factos mediante afirmação sob juramento, mesmo havendo dúvidas⁽¹⁷⁴⁴⁾.

2.2.3. Como se apontou, a propósito da produção e apreciação da prova no âmbito dos processos urgentes, os autores que consideram que o campo da *Glaubhaftmachung* apenas integra os factos tendem a diferenciar e a autonomizar dois momentos no julgamento. Assim, destacam o exame da matéria de facto, por um lado, e, por outro, autonomizam o exame de conclusência («Schlüssigkeitsprüfung») ou o exame de direito ou da *quaestio iuris*. É um

(1743) Neste sentido, W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., p. 215; W. GRUNSKY, «Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes...», cit., pp. 277 e 282; B. HIRTZ, «Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast...», cit., pp. 110 e 111; M. HEINZE, in: *Münchener Kommentar...*, cit., anotação ao § 920, n. m. 10 e n. m. 12; D. LEIPOLD, in: *STEIN/JONAS Kommentar...*, cit., em anotação ao § 294, n. m. 6 e nota de rodapé 8; T. STOLZ, *Einstweiliger Rechtsschutz...*, cit., p. 56.

(1744) Neste sentido, W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz...*, cit., p. 215.

desses autores é WALKER, um autor que integra uma corrente que vai no sentido de defender o exame de conclusãncia completo («vollständige Schlüssigkeitsprüfung») (2.2.3.1.), distanciando-se, assim, de outra que não considera necessário que o julgamento da questão jurídica seja completo. Esta, na verdade; desdobra-se em duas: uma que defende diferentes intensidades conforme a natureza da decisãncia a decretar; e uma outra que evidencia a necessidade de realizãncia de um exame de conclusãncia limitado («Eingeschränkte Schlüssigkeitsprüfung») (2.2.3.2.).

2.2.3.1. De facto, WALKER autonomiza a questão do exame da matéria de facto perante o exame de conclusãncia («Schlüssigkeitsprüfung»). E, neste sentido, se quanto ao julgamento da matéria de facto, não deixa de não considerar que vale a probabilidade, o autor já se propõe discutir se o tribunal não deve realizar um exame sobre o pressuposto jurídico relativo ao direito invocado, ou direito discutido na relação material controvertida («die materielle Rechtslage»), com o mesmo rigor e tempo («zeitraubende Gründlichkeit») a que obedecerá quando tal questão tiver de ser julgada no âmbito da causa principal. Na verdade, sendo mais ou menos idêntica a conclusãncia a que se chega quanto ao julgamento da matéria de facto, já quanto ao julgamento da questão de direito, ou questão da aplicaãncia do direito ao caso ou ainda a questão da subsunãncia dos factos provados ao direito material a aplicar na causa principal, este autor integra uma corrente que vai no sentido de defender o exame de conclusãncia completo («vollständige Schlüssigkeitsprüfung»), distanciando-se, assim, de outra que não considera necessário que o julgamento da questão jurídica seja completo.

Segundo tal corrente, mesmo nas questões complicadas não deve haver abrandamento ou diminuiãncia da apreciaãncia da questão jurídica. E considera também que, mesmo nas situaãncias em que a lei prevê facilidade quanto à prova da factualidade («Glaubhaftmachung» e «Darlegungslast»), essa facilidade acaba aí, na realizãncia do exame de facto, uma vez que quanto às questões jurídicas ou exame de direito não pode haver atenuaãncia ou diminuiãncia (1745). Na verdade, segunda esta corrente, a realizãncia da justiça material

(1745) Neste sentido, vd. G. BAUMGÄRTEL, «Besprechung von Baur, Fritz, studien zum einstweilige Rechtsschutz...», cit., pp. 401 e 403; W. DÜTZ, «Vorläufiger Rechtsschutz...», cit., pp. 534, 537 e 539; M. MINNEROP, *Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz...*, cit., p. 65; M. HEINZE, in: *Münchener kommentar...*, cit., anotaãncia ao § 920, n. m. 10; M. HEINZE, «Bestandsschutz durch Beschäftigung...», cit., p. 127; L. ROSENBERG/E. SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungsrecht...*, cit., p. 1; E. SCHILKEN, *Befriedigungsverfügung...*, cit., pp. 118 ss.; H. THOMAS/H. PUTZO, anotaãncia ao § 920; S. VOGG, *Einstweiliger Rechtsschutz...*, cit., p. 83; W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz ...*, cit., p. 213, n. m. 318. Quanto ao processo administrativo,

(«die Wahrung materieller Gerechtigkeit») e a função de composição interina do direito («Zwischenzeitüberbrückungsfunktion») não permitem decidir «über den Daumen zu peilen», isto é, aproximadamente ou numa lógica de *mais ou menos, nem admite graus* ⁽¹⁷⁴⁶⁾. O exame da questão de direito não deve nunca ser sumário e, ainda assim, em certos casos, deve ser realizado à custa da própria urgência ou rapidez ⁽¹⁷⁴⁷⁾. Segundo WALKER, para o decretamento de todas as decisões urgentes com função cautelar é necessário realizar sobre os respectivos pressupostos jurídicos, *Arrest- ou Verfügungsanspruch*, um exame exaustivo de conclusão (*vollständige Schlüssigkeitsprüfung*), tão completo quanto o que se realiza no processo principal. O exame da questão jurídica, em comparação com o exame da questão jurídica a realizar na causa principal, não pode, na verdade, ser limitado, sendo que nem a urgência nem a complexidade da questão podem fazer diminuir tal exame. Para o autor, o exame de conclusão a realizar no processo das medidas cautelares não tem qualquer característica de aceleração do processo, não pertencendo, por isso, às especificidades, ou particularidades ou elementos característicos dos processos urgentes, sendo que o mesmo já não vale para o julgamento da matéria de facto ⁽¹⁷⁴⁸⁾. Por outras palavras, para WALKER, a resolução da questão jurídica nos processos urgentes não tem que ser acelerada e superficial. Antes pelo contrário, para o autor, o exame de conclusão a realizar em tais processos não tem nada de característico, uma vez que não traduz qualquer especificidade que o processo urgente integre enquanto processo urgente.

vd. F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., pp. 1566 ss. e 1640; H.-U. ERICHSEN, «Die einstweilige Anordnung...», cit., p. 649.

⁽¹⁷⁴⁶⁾ Neste sentido, S. VOGG (*Einstweiliger Rechtsschutz...*, cit., p. 83 e esp. p. 85) escreve «Zusammenfassend ist also festzustellen, daß sic die normativen Anforderungen an die Prüfungsintensität im einstweiligen Rechtsschutz nicht von denen im Hauptsacheverfahren unterscheiden (...). Die rechtliche Prüfung des Verfügungsgerichts deckt sich mit der im Hauptprozeß; lediglich die Tatsächlichen Grundlagen unterliegen anders als im Normalverfahren einer nur summarischen Prüfung».

⁽¹⁷⁴⁷⁾ Como escreve W.-D. WALKER (*Der einstweilige Rechtsschutz ...*, cit., p. 209, n. m. 309), «Die Rechtsprüfung dürfe niemals summarisch sein und gehe notfalls auf Kosten der Schnelligkeit».

⁽¹⁷⁴⁸⁾ Sobre este assunto, W.-D. WALKER (*Der einstweilige Rechtsschutz ...*, cit., pp. 213, n. m. 318) escreve: «Die rechliche Prüfung ist also gegenüber dem Hauptsacheverfahren nicht eingeschränkt. Sie enthält keine Elemente der Verfahrensbeschleunigung und gehört somit nicht zu den Besonderheiten des Eilverfahrens». Sobre estas características dos processos urgentes, vd. pp. 180 ss., onde se destacam, designadamente, aspectos de sumariiedade procedimental: a decisão de regulação acelerada para atender a diversos casos de urgência, com diferentes níveis de urgência; existência de prazos curtos para realização da audiência contraditória oral; possibilidade ou não de realização da mesma; possibilidade da *Glaubhaftmachung*, aceleração da execução, etc.

2.2.3.2. Mas também há autores que consideram que o exame de conclusão não é obrigatoriamente completo, sendo que ele pode depender da natureza da medida decretada, *maxime*, dos efeitos dessa medida e do grau de intromissão que a mesma é apta a produzir na esfera jurídica do requerido («Rechtssphäre des Antragsgegners»). Essa diferenciação pressupõe que nos processos de antecipação deve haver um especial e muito rigoroso exame de conclusão que deve ser orientado pelo direito material. Já, em casos de especial urgência, no processos que desembocam em decisões conservatórias e asseguradoras, incluindo a de *Arrest*, deve ser possível um exame de conclusão sumário («summarische Schlüssigkeitsprüfungen»), isto é menos intenso. E, os autores que representam esta corrente, consideram também que, quanto às questões jurídicas complicadas, ainda assim, estas devem ser tratadas de forma mais superficial e o exame de conclusão que sobre elas incide tem de divergir do exame realizado no processo ordinário de cognição, sob pena de a decisão chegar demasiado tarde ⁽¹⁷⁴⁹⁾.

Vemos, pois, que esta segunda posição considera que a intensidade do exame de conclusão não tem de ser obrigatoriamente completo. E esta posição é perfeitamente legítima se de outro modo não se puder cumprir a necessidade de urgência («Eilbedürftigkeit»). Precisamente, LEIPOLD procurou justificar a utilidade de um julgamento da questão jurídica limitado, relacionando e evidenciando a ligação entre a urgência, o não esgotamento do exame da questão de direito e as situações de dúvida («unklare Rechtslage»). Segundo o autor, para este tipo de situação, é necessário que o tribunal emita uma decisão urgente que deixe em aberto a resolução da questão jurídica («offene Eilentscheidung») ⁽¹⁷⁵⁰⁾. Assim, uma vez não provada a obrigatória necessidade de realização do exame de conclusão, cumpre perceber a opinião de LEIPOLD, tanto mais que este autor é injustamente tido como um dos seus defensores. Na verdade, este autor defende a necessidade das «decisões urgentes abertas» («offener Eilentscheidungen»), por contraste com a necessidade das «decisões urgentes acessórias» («akzessorischen Eilentscheidungen»), sendo que

⁽¹⁷⁴⁹⁾ Neste sentido, vd. W. GRUNSKY, anotação ao § 916, n. m. 4, e anotação ao § 935, n. m. 6; I. SCHERER, *Das Beweismaß...*, cit. Por exemplo, BAUR (*Studien...*, cit., pp. 99 e 100; «Arrest und einstweilige...», cit., p. 608), não obstante também considerar que o exame de conclusão deva ser completo em certos momentos, tendo por base as normas de direito material, entende que em certos casos se deva dar prioridade às razões de urgências. Assim, muito embora considere que este exame completo seja a forma de compensar a sumariedade da análise da matéria de facto, nem sempre o afirma como obrigatório. Aliás, defende também a realização de um exame jurídico limitado, proporcional à intensidade da agressão à esfera jurídica do requerido.

⁽¹⁷⁵⁰⁾ Neste sentido, D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 86 ss.

o autor relaciona a abertura («Offenheit») com a situação material subjacente à causa principal («materielle Rechtslage»).

Assim, para o autor, o tribunal tem que examinar («anzuprüfen», em qualquer caso, a situação material controvertida e sempre que a situação jurídica subjacente à causa principal se apresentar clara («Klarer Rechtslage»), o tribunal deve decretar ou recusar a providência requerida, emitindo assim, uma decisão urgente acessória («akzessorische Entscheidung») (1751). De qualquer modo, esta decisão pressupõe que o requerente tenha demonstrado os factos que fundamentam o pressuposto jurídico (*fumus boni iuris*) de que depende a decisão e que a composição para a situação litigiosa se apresente clara, de tal modo que a decisão a tomar não revele complexidade. Se, pelo contrário, o tribunal considera que a relação litigiosa não se configura simples e que é necessário mais tempo para examinar a questão, então, neste caso, deve o tribunal ter a possibilidade de emitir uma «decisão urgente aberta», uma decisão que não pressupõe a realização completa do exame da pretensão jurídica do requerente («ohne vollständige Prüfung dieses materiellen Anspruches») e depende tão somente de uma ponderação de interesses («Interessenabwägung») (1752). Assim, existindo urgência e existindo complexidade, de tal forma que a apreciação da situação jurídica ponha em causa a urgência, deve o juiz prescindir de uma análise do direito material, propondo uma solução provisória para resolver o conflito a partir de um balanço de interesses opostos, combatendo assim o tempo de espera.

Julgamos perceber que não se nega que o exame de conclusência não seja necessário e que o requerente não tenha que apresentar os factos que justificam a existência do seu direito. Na verdade, LEIPOLD só defende que, nestas circunstâncias, haverá uma intensidade limitada do exame do direito do requerente quando comparada com a intensidade do exame que é realizado na causa principal. Portanto, defende, pois, um exame de conclusência limitado. Outros autores referem também que a intensidade do exame pode variar, dependendo do grau de intromissão ou ingerência da posição jurídica da contraparte (1753). Os autores desta corrente, consideram que «a regulação aproximativa» («Soll-Regelung») do § 920, I, da ZPO deve ser realizada em harmonia com a do § 920, II, da ZPO e, conseqüentemente, sendo os factos que suportam os

(1751) Neste sentido, D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 83 ss., 92, 93 e 94.

(1752) Neste sentido, D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 94 ss.

(1753) Neste sentido, vd. D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., pp. 94 ss.; F. BAUR, «Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich», BB, 1964, pp. 607 e 608; K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 309 ss., pp. 144 ss.; T. STOLZ, *Einstweiliger Rechtsschutz...*, cit., pp. 54 ss.; M. VOLLKOMMER, in: *ZÖLLER-Zivilprozessordnung...*, cit., anotação ao § 922, n. m. 6.

pressupostos sujeitos à *Glaubhaftmachung*, isto significa que o tribunal tem de pautar a sua análise menos pela *Schlüssigkeit* e mais pela *Glaubwürdigkeit*.

2.3. No quadro da dogmática portuguesa, o que se pensa sobre este assunto? Cumpre começar por precisar alguns traços sobre esse quadro. Assim, em primeiro lugar, a doutrina tradicional só associa a *summaria cognitio* ao processo sumário cautelar. Em segundo lugar, tudo o que não é *prova stricto sensu* é prova sumária e esta traduz uma menor força para formar a convicção do juiz, sendo que a prova sumária pressupõe sempre uma diminuição de intensidade da convicção do juiz sobre a veracidade da matéria de facto. E em terceiro lugar, porque não procede à distinção entre o julgamento da questão de facto e o julgamento da questão de direito, a posição tradicional tende a considerar que no processo cautelar a expressão *summaria cognitio* traduz também uma diminuição do julgamento da questão jurídica (**2.3.1.**).

Não obstante, há um conjunto de elementos novos no panorama legislativo português que nos permitem questionar certas proposições referentes ao conceito qualitativo de prova sumária (**2.3.2.**). E há, de facto, quem venha questionar outras proposições clássicas. E assim, há quem considere que, no âmbito do processo cautelar, não há diminuição do contraditório e há quem julgue dever distinguir-se dois momentos ou duas fases de julgamento, mormente no que concerne ao *fumus boni iuris*, já que este pressuposto jurídico é objecto da causa cautelar e é também objecto da causa principal. E assim, distinguindo o julgamento da matéria de facto do julgamento da matéria de direito, já se afirma a incompletude do primeiro, mas já não a do segundo (¹⁷⁵⁴) (**2.3.3.**).

2.3.1. É um facto que tradicionalmente toda a explicação do conceito em causa surge no âmbito do processo cautelar. E daí já decorre um conjunto de dificuldades para o apuramento do conceito de cognição sumária. Entre nós, considerou-se que a cognição realizada no processo cautelar tende a formar um juízo de convicção inferior quanto à existência do direito ameaçado e quanto ao fundado receio de lesão desse direito. E, não obstante não conter na sua doutrina uma obrigatória distinção entre o julgamento da matéria de facto e o julgamento da matéria de direito, a ciência portuguesa do direito processual é unânime a afirmar que a decisão cautelar pressupõe a formação de um juízo de menor intensidade, defendendo, pois, que, em qualquer caso, a prova sumária não serve para chegar à certeza da verificação dos pressupostos de decretamento da providência cautelar, nem à certeza da veracidade do direito ameaçado. E, neste contexto, parece razoável concluir que, entre nós, a *prova*

(¹⁷⁵⁴) Sobre este assunto, vd. RITA L.DE FARIA, *A função instrumental...*, cit., pp. 177 ss.

sumária é fundamentalmente sinónimo de prova com natureza convincente qualitativamente menor e mais fraca. Com efeito, se é possível nos julgamentos ditos ordinários, chegar à certeza, no processo sumário cautelar, por contraste, a prova produzida não é de plena certeza, mas de verosimilhança. Aliás, como vimos, não sem alguma dificuldade, a ciência jurídica distingue a prova *stricto sensu*, daquilo que é a simples justificação e a suspeita. Assim, associando a simples justificação ou prova informatória — a prova *levior* e a *Glaubhaftmachung* — a prova sumária caracterizar-se-ia justamente por exigir um menor grau de probabilidade que a prova propriamente dita.

Vejamos mais de perto o que a ciência do direito processual portuguesa entende por prova sumária. Assim, em primeiro lugar, esta aparece como algo que se contrapõe a prova efectiva, sendo sinónimo de prova de primeira aparência (*prova prima facie*), no sentido de que é um tipo de prova que não produz como a outra a plena convicção do juiz. E, assim, tal tipo de prova que produz um menor grau de probabilidade, que seria no entanto suficiente para inverter o ónus da prova ou para obrigar o adversário à contraprova, deve ser entendida como sinónimo de «simples justificação». Assim, entende MANUEL DE ANDRADE. E remetendo várias expressões para o conceito de *prova sumária*, o autor considera que as diversas expressões, simples justificação, prova sumária (*summaria cognitio*), superficial, perfunctória, com que a lei se contenta para certos efeitos, são uma e mesma coisa. Assim, quando previstas no contexto das «providências cautelares e outras medidas provisórias de urgência», estas modalidades resumem-se apenas a «convencer o juiz da séria credibilidade ou verosimilhança das respectivas alegações de facto (*Glaubhaftmachung*); da sua probabilidade, mas num grau bastante menor do que o correspondente à verdadeira prova». E o autor, diz mais: diz que «se costuma falar entre nós, a este propósito, em prova simplesmente *informatória*». E como fazia questão de explicar: «note-se, por último, que em casos destes a actividade probatória não tem de desenvolver-se em estrita obediência ao formalismo legal». E mais não diz ⁽¹⁷⁵⁵⁾.

Ora, segundo CASTRO MENDES, a ciência jurídica considera que a simples justificação, enquanto modo de formação da convicção do juiz de acordo com um grau de probabilidade inferior à prova, pode, na realidade, justificar-se em certos casos, tendo em atenção um destes três pontos: *a*) carácter urgente, carácter provisório ou urgente e o carácter provisório da decisão — é o caso dos processos cautelares, das providências conservatórias e curadoria provisória dos bens do ausente, autorização judicial para prática de certos actos pelo capitão do navio; *b*) tendência da lei para o conteúdo de decisão favorável

⁽¹⁷⁵⁵⁾ A este propósito, vd. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares...*, cit., p. 181.

àquele que oferece provas — é o caso da entrega judicial de menor, em que há uma forte presunção a favor do requerente (artigo 1460.º do CPC); e do justo impedimento; c) a relativa pequena importância da decisão — é o caso da fixação do valor da acção; da escusa do testamenteiro; do tutor, do curador, protector e vogal do conselho de família (1756). Também VAZ SERRA refere que «as provas não têm forçosamente que criar no espírito do juiz uma absoluta certeza acerca dos factos a provar, certeza essa que seria impossível ou geralmente impossível». Segundo o autor, «o que elas devem é determinar um grau de probabilidade tão elevado que baste para as necessidades da vida» (1757). E neste sentido, em matéria de eficácia probatória dos meios de prova, VAZ SERRA informa que certa doutrina distingue prova suficiente (isto é, a que forma a plena convicção do juiz) e a prova de primeira aparência ou *prima facie* (é a que não produz a plena convicção do juiz, mas apenas um grau de probabilidade bastante para forçar a outra parte à contraprova). E, em seguida, resumindo todas as expressões à mesma figura de prova sumária, *id est*: prova tendente a formar um grau de probabilidade inferior, VAZ SERRA escreve: «tem-se julgado inadmissível esta figura da prova *prima facie* como diferente da *simples justificação* (prova sumária, que a lei considera suficiente para as providências cautelares e outras providências provisórias e urgentes (...)) e das presunções naturais» (1758). A prova sumária é, deste modo, reconduzida para a prova de simples justificação e para a prova de primeira aparência ou prova *prima facie*, sendo a prova que tende a formar um grau menor de convicção.

Enfim, de uma forma ou de outra, com mais ou menos repetição, é possível apurar que, para a dogmática tradicional, a prova sumária não conduz à formação de um juízo de certeza do direito alegado pelo requerente, sendo apenas suficiente para gerar a probabilidade séria da existência desse direito: uma aparência, o *fumus boni iuris*. E, assim lembrando, «pressupondo uma análise perfunctória da causa, de *summaria cognitio*, ela sustenta a emissão de uma decisão que não é precedida da realização de verdadeira prova, mas de simples justificação, isto é, uma prova sumária (*summaria cognitio*), *superficial, perfunctória*, com que a lei todavia se contenta para certos efeitos legais, [designadamente para] as providências cautelares e medidas provisórias de *urgência*. E esta construção qualitativa de julgar a prova, encontra-se também na actualidade. A este propósito, TEIXEIRA DE SOUSA escreve que «uma das consequências da *summario cognitio* é o grau de prova que é suficiente para a demonstração da situação jurídica que se pretende acautelar ou tutelar pro-

(1756) J. CASTRO MENDES, *Do conceito de prova...*, cit., pp. 317 ss.

(1757) A. VAZ SERRA, «Provas...», cit., p. 82.

(1758) A. VAZ SERRA, «Provas...», cit., pp. 78 e 79.

visoriamente [e que] uma prova *stricto sensu* (ou seja, a convicção do tribunal sobre a realidade dessa situação) não seria compatível com a celeridade própria das providências cautelares e, além disso, repetiria a actividade e a apreensão que, por melhor se coadunarem com a composição definitiva da acção principal, devem ser reservadas para esta última». Neste sentido, parece-nos que o autor aponta para a existência de um diferente tipo de cognição e de julgamento da factualidade alegada, de tal modo que se considera suficiente uma medida inferior de convicção do juiz quanto à sua existência: isto é: a demonstração da probabilidade séria de existência do direito e do receio de lesão ⁽¹⁷⁵⁹⁾.

2.3.2. Como se apontou nas considerações introdutórias, há, de facto, um conjunto de elementos novos que justificam que uma minoria da doutrina comece a questionar as proposições clássicas. Neste sentido, cabe aqui questionar o conceito de prova sumária e a sua associação a tipo de prova com força menos convincente ou prova com qualidade convincente menor, mais leve, tendente a formar um grau de convicção menor, de *minus plena probatio*. Já vimos em que termos se pode entender a figura romana de *summam cognoscere* e já considerámos o entendimento da doutrina que estudou a sua configuração justiniana. Concordamos com ela. E, por isso, cumpre agora perceber se ela faz sentido à luz do regime actual. Ora, neste contexto, cumpre trazer à colação o artigo 16.º do regime processual experimental, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho. Assim, este regime veio introduzir a faculdade de, no âmbito do processo cautelar, depois de ouvidas as partes, o juiz antecipar o juízo sobre a causa principal. Não se resumindo a permitir a antecipação da decisão de mérito por razão de urgência *tout court*, como acontece no processo administrativo, já que a alteração introduzida no processo civil surge no contexto da economia do processo, cumpre perceber em que termos este regime vem subverter o conceito de *summam cognoscere* tradicional. Sendo assim compreensível que o artigo 16.º deste diploma apenas exige que tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, forçoso é perceber, num primeiro momento, que se tem aqui em conta uma realidade não tão invulgar como aquilo que se poderia pensar. Com efeito, esta figura só vem formalmente comprovar que a prova do processo cautelar tem muito pouco de prova menos con-

⁽¹⁷⁵⁹⁾ M. TEIXEIRA DE SOUSA (*Estudos sobre...*, cit., pp. 230 e 231) refere que as providências cautelares exigem apenas a prova sumária do direito ameaçado, ou seja, a demonstração da probabilidade séria da existência do direito alegado (artigos 384.º, n.º 1, 387.º, n.º 1, 403.º, n.º 2, 407.º, n.º 1, e 423.º, n.º 1, do CPC), bem como do receio de lesão (artigos 381.º, n.º 1, 384.º, n.º 1, 387.º, n.º 1, 406.º, n.º 1, 407.º, n.º 1, 421.º, n.º 1, e 423.º, n.º 1, do CPC).

vincente, uma vez que é vulgar esgotar no processo cautelar toda a prova, em termos que normalmente se alcança no processo cautelar a prova necessária para ditar a decisão de mérito. Portanto, em primeiro lugar, cumpre perceber que a *summaria cognitio* da actualidade — mesmo a que é realizada no processo cautelar — tem pouco ou nada a ver com aquilo que se entendeu ser, entre nós, a prova *prima-facie*. A aceitação de esgotamento da prova no decurso do processo cautelar é, desde logo, prova da actual necessidade de reconstruir este conceito de *summaria cognitio*. Cumpre, pois, afastar a ideia de que a prova que é realizada no processo sumário (cautelar) seja menos forte do que a mesma prova que é realizada no processo ordinário, em termos que ela seja incapaz de formar a convicção do juiz no primeiro caso mas já seja capaz de o fazer no segundo.

Com efeito, tendo em conta que se teve em vista, nomeadamente, «as situações em que a natureza das questões ou a gravidade dos interesses envolvidos não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar ou, diversamente, prescinde, por absolutamente inútil, da instauração de uma acção principal», cumpre aqui questionar até que ponto se pode falar de um processo cautelar de cognição sumária (superficial) especial, uma vez que esta figura vem anular não só o sentido tradicional de sumariedade (associada a verosimilhança) como o conceito de provisoriedade associado àquele. Afinal, a possibilidade de realização de certos elementos de prova no processo cautelar, tal como a confissão ou a apresentação de documentos autênticos que façam prova plena dos factos, se não afasta o conceito de juízo hipotético ou verosimilhança, pelo menos demonstra que este conceito já não tem nada que ver com a cognição sumária. No *novo processo sumário atípico urgente*, que resulta da convocação do cautelar no processo principal, permite-se que a prova carreada para o processo (cautelar) sirva para emitir a decisão de mérito. Assim, independentemente do momento em que é carreada para o processo e muito menos sendo relevante que tenha sido trazida exactamente para o processo cautelar, subverte-se, deste modo, os princípios essenciais do processo cautelar e desmente-se que a prova produzida nesse processo tenha uma qualidade convincente menor, mais leve e menos forte. Pense-se na confissão (que guardaria na acção o valor de confissão judicial) ou em documentos autênticos (que façam prova plena dos factos e cuja falsidade não tenha sido arguida), estes serão, pois, elementos de prova com base nos quais será proferido o juízo definitivo⁽¹⁷⁶⁰⁾. Ora, se tais meios de prova servem agora para conduzir à prolação de sentença definitiva, mesmo que tenham sido produzidos no

⁽¹⁷⁶⁰⁾ Sobre este assunto, vd. E. BORGES MAIA/INÉS SETIL, «Breve comentário...», cit., pp. 312 ss., esp. p. 334.

processo cautelar, porquê deve continuar a afirmar-se que a prova produzida no processo sumário é prova menos forte e menos convincente? Estas são, pois, realidades jurídicas novas, que vêm comprovar as fragilidades das figuras antigas e dos dogmas clássicos. E cumpre, agora, saber se elas se devem ajustar aos conceitos existentes na dogmática (errada) tradicional ou se, pelo contrário, se deve reajustar os conceitos às novas realidades. Julgamos que é necessário reconstruir, ampliando, o conceito de sumariedade. Há que contar, agora, claramente, a partir desta figura, que a sumariedade por razões de urgência não pode continuar a ser entendida de acordo com os parâmetros *calamandreianos*. A prova sumária deve ser reconduzida para o quantitativo e não para o qualitativo, em termos que, entre outros aspectos, representa limitação do princípio da universalidade de prova.

2.3.3. Mas há uma outra proposição que deve ser combatida, uma vez que ela é fruto de confusões e de adminitração da justiça com erro. E ela tem que ver com a não separação de dois momentos, o do julgamento da matéria de facto e o do julgamento da questão jurídica. E como escreveu, JOSÉ OSÓRIO, essa separação traz vantagens para uma boa administração da justiça ⁽¹⁷⁶¹⁾. Assim, por um lado, deve considerar-se autonomamente a apreciação da matéria de facto que sustenta os pressupostos de deferimento da decisão de urgência e o julgamento de direito, isto é, a aplicação das competentes normas aos factos, tal como na acção principal o juiz irá fazer. Na verdade, de acordo com um novo entendimento ⁽¹⁷⁶²⁾, também no processo sumário cautelar deve separar-se o julgamento da matéria de facto do julgamento da matéria de direito, uma vez que neste processo a actividade do juiz é igual à que ele realiza em qualquer outro processo. Assim, referindo-se fundamentalmente à apreciação do *fumus boni iuris*, já que este pressuposto jurídico volta a ser reapreciado na causa principal, uma vez que é objecto da causa cautelar e é também objecto da causa principal, este novo entendimento vai no sentido de considerar que, enquanto em relação ao julgamento da matéria de facto há uma diminuição da intensidade da convicção do tribunal, o mesmo já não acontece ao julgamento da matéria de direito. Aqui o julgamento é pleno. Neste termos, o juiz deverá formar um juízo de prognose sobre a sentença da futura acção principal, verificando se foram tornados verosímeis todos os factos constitutivos do direito do requerente. Assim também, não obstante o CPC não se referir expressamente a qualquer mecanismo de simplificação desta operação (ao contrário do que acontece quanto à prova da matéria de facto), há quem (na

⁽¹⁷⁶¹⁾ Assim refere JOSÉ OSÓRIO, «Julgamento de facto...», cit., p. 218.

⁽¹⁷⁶²⁾ Sobre este assunto, vd. RITA L. DE FARIA, *A função instrumental...*, cit., pp. 177 ss.

senda de parte da doutrina alemã, que destaca a questão do julgamento da matéria de direito (ou *Schlüssigkeitsprüfung*), considere essencial destacar este momento do exame de conclusão, autonomizando-o como momento posterior ao julgamento de facto, exigindo-se neste caso um julgamento pleno ou um exame completo da questão de direito apresentada» (1763).

Vejamus com mais cuidado a posição de RITA L. DE FARIA. Tendo em conta que, normalmente e no que se refere à prova dita comum, se afirma que as provas têm normalmente por função a demonstração da realidade dos factos e que esta demonstração pretende criar a convicção, no espírito do juiz, de que os factos efectivamente ocorreram, e que, dada a natureza humana, não se pretende obter a certeza absoluta, mas a certeza suficiente, a certeza subjectiva da realidade do facto, no alto grau de probabilidade que seja suficiente para as necessidades práticas da vida, quando se fala de prova destinada a demonstrar a verosimilhança, quer-se dizer que se está obrigado a demonstrar, não a certeza da realidade de um facto, mas a simples probabilidade da sua verificação. No processo cautelar, a lei não exige que o juiz adquira a plena convicção quanto à existência dos factos alegados como existentes: basta que seja provável a sua ocorrência, sendo necessário que o espírito do julgador tenda mais para considerar a alegação credível do que ao contrário. E a probabilidade pode envolver vários graus: o legislador pode estabelecer níveis de consideração ou deixar à livre apreciação do juiz, podendo esta considerá-lo em função de outros elementos: conteúdo da providência, possibilidade de irreversibilidade dos seus efeitos e grau de intensidade de ingerência da providência na esfera jurídica do demandado. Quanto mais gravosa, mais alta deve ser a medida de probabilidade. O n.º 1, do artigo 387.º, estabelece «a probabilidade séria», querendo com isso significar que a justificação deve atingir um grau

(1763) RITA L. DE FARIA (*A função instrumental...*, cit., pp. 177 ss.) vem introduzir alguma novidade no panorama português relativo ao conceito de *summaria cognitio*. E, assim, mencionando que o CPC não se refere a qualquer mecanismo de simplificação desta operação (ao contrário do que acontece quanto à prova da matéria de facto), a autora, na senda de parte da doutrina alemã, que destaca a questão do julgamento da matéria de direito (*Schlüssigkeitsprüfung*), considera essencial debater esta questão transpondo para o processo cautelar o exame de conclusão, autonomizando-o do julgamento de facto. Neste sentido, e sendo que o julgamento de direito pode ser em alguns casos extremamente simples e noutros pode envolver operações de grande complexidade, pela dificuldade de interpretação das normas ou pela possibilidade de várias soluções, a autora considera que à luz das disposições do CPC, mormente do artigo 387.º, n.º 2, «o custo temporal do procedimento cautelar, reclamado pela eventual complexidade da questão jurídica que se lhe encontra subjacente, deve ser suportado pelo requerente, não sendo de afastar a necessidade de um exame completo da questão de direito apresentada». Refere a autora que só depois de o juiz cautelar concluir sobre a existência — *rectius*, aparência — do direito do requerente pode proceder à ponderação estabelecida no n.º 2 do artigo 387.º do CPC.

forte de credibilidade. Assim, refere esta autora que no que respeita à matéria de facto que irá ser objecto de prova, uma vez que esta também será objecto da causa principal, o julgamento dessa matéria de facto terá de obedecer a uma redução no grau de convicção que é necessário criar no espírito do juiz para a demonstração dos factos relevantes. Normalmente dispensa-se a prova *stricto sensu*: e isto significa que basta demonstrar ou justificar, ainda que entre nós não seja suficiente apenas alegar, a credibilidade dos factos constitutivos do direito, em termos que seja alcançada a probabilidade séria da existência do direito (artigo 387.º, n.º 1, do CPC).

Ora, se é assim para o julgamento da matéria de facto, e se assim se considera que há incompletude na análise deste pressuposto, o que deve entender-se por julgamento da matéria de direito, já que a actividade de julgamento não se resume à matéria de facto. Diz-se a este propósito que para emitir um juízo, positivo ou negativo sobre a existência do *fumus boni iuris*, o juiz tem de proceder ao julgamento de direito, isto é, tem de aplicar as normas respectivas aos factos provados, sendo que o juiz cautelar vai fazer tal como na acção principal o juiz irá fazer. Neste termos, o juiz deverá formar um juízo de prognose sobre a sentença da futura acção principal, verificando se foram tornados verosímeis todos os factos constitutivos do direito do requerente. Realiza, então uma operação de subsunção dos factos às normas, de modo a poder concluir pela existência — *rectius*, aparência do — direito do requerente. Ora, umas vezes mais simples, outras vezes envolvendo maior complexidade, devido à multiplicidade de soluções aparentemente possíveis para a mesma questão ou devido à dificuldade de interpretação das normas, como deverá actuar o juiz? Assim, responde esta autora, que uma vez que o CPC não se refere expressamente a qualquer mecanismo de simplificação desta operação (ao contrário do que acontece quanto à prova da matéria de facto), dever-se-á destacar este momento do exame de conclusência, autonomizando-o como momento posterior ao julgamento de facto, exigindo-se neste caso um julgamento pleno ou um exame completo da questão de direito apresentada», uma vez não existe fundamento na lei para considerar que o juiz cautelar deve dar prevalência aos interesses do requerente, ao ponto de prescindir do exame jurídico do respectivo direito ⁽¹⁷⁶⁴⁾.

3. Critérios de identificação do *accertamento* sumário (*summatim cognoscere*)

O que pensar de todas estas posições? Vamos apresentar as nossas conclusões. A estrutura sumária de um processo e a natureza sumária da produ-

(1764) Sobre este assunto, vd. RITA L. DE FARIA, *A função instrumental...*, cit., pp. 177 ss.

ção e avaliação de prova podem determinar-se pelo contraste que os mesmos representam com o modelo dito comum ou ordinário, atendendo, respectivamente, quer à estrutura procedimental, quer quanto à forma de produção de prova quer quanto ao grau de intensidade do *accertamento* que versa sobre a factualidade alegada. Parece evidente que faz todo o sentido distinguir a sumariedade nas várias perspectivas, já que a sumariedade do procedimento instrutório pode conduzir à formação de um juízo mais pleno ou à formação de um juízo menos pleno, dependendo da vontade do legislador, sendo que esta terá em conta o objecto, o conteúdo, a função da decisão em causa e a urgência (1765). Assim, assumindo a possibilidade de determinar a sumariedade de um processo pelo tipo de procedimento instrutório nele previsto e adoptando a ideia gradualista na formação do juízo sobre a matéria de facto, é possível afirmar que «o *modus procedendi* pode influir na sumariedade da cognição, mas não necessariamente na qualidade do resultado», sendo que, ainda assim, a cognição plena é sobretudo o resultado de um modelo participativo das partes num processo legalmente pré-determinado e a cognição sumária é, pelo contrário, resultado de um *iter* processual que é entregue na sua maior parte ao poder discricionário do juiz e traduz redução e não esgotamento de prova, podendo desembocar num *accertamento* variável sobre os factos. Contudo, quanto ao julgamento da questão jurídica, cumpre dizer que, apenas nos processos cautelares, ele pode assumir duas configurações: pode assumir-se como exame de conclusão completo, sendo contudo acessório (interino) do exame de conclusão principal; e pode assumir-se como exame de conclusão incompleto, configurando uma forma de julgamento aberto sobre a questão jurídica.

Ademais, a solução passa efectivamente por reconhecer que só há uma forma de o juiz concretizar a sua actividade. E assim, independentemente de este ajuizar no âmbito do processo sumário (cautelar ou não) ou no contexto de um processo ordinário, só há uma forma de o juiz realizar a sua actividade lógico-jurídica. O juiz terá sempre a mesma atitude, que é a de procurar decidir sem erro. E, não dispendo a lei em contrário no que concerne a aplicar distintos critérios de decisão, o juiz seguirá a mesma bitola no julgamento da matéria de facto e seguirá a mesma metodologia no julgamento da matéria de direito, de modo a proferir a decisão certa, mesmo que avalie o material probatório reduzido quantitativamente.

Se assim é, também é verdade que a lei pode fixar especificidades para realizar estes exames no âmbito de processos especiais, mormente em processos que contêm um procedimento de instrução e produção de prova de natureza sumária, isto é, mais simplificado e mais acelerado. Neste contexto, parece

(1765) Neste sentido, A. CARRATTA, *Profili sistematici...*, cit., pp. 302 a 305.

lógico que os processos sumários que visam tutelar uma *situação-de-urgência* possam apresentar especificidades, sem que essas especificidades limitem a qualidade do *juízo-de-urgência*. É certo que o processo sumário cautelar, que é acessório e instrumental e desemboca numa decisão provisória, tem especificidades que podem influir no julgamento da matéria de facto, sendo que as especificidades atingem a quantidade do material probatório carreado para o processo. Contudo, as especificidades da instrução, que derivam daqueles aspectos mencionados e do carácter especial (de probabilidade) do *thema probandum*, não justificam a realização de um julgamento qualitativamente distinto, uma vez que a redução do material probatório está efectivamente colocado a *montante* da instrução probatória, não devendo ser transferido para jusante da instrução, isto é para lá: nem para o julgamento da questão de facto e para a questão da convicção do juiz, nem muito menos para o julgamento da questão jurídica. Isso traduziria um erro metodológico.

Especialmente no que concerne ao processo sumário cautelar, cumpre notar, em primeiro lugar, que faz todo o sentido distinguir o julgamento da matéria de facto do julgamento da matéria de direito. Afinal, como menciona o artigo 383.º, n.º 4, do CPC, «nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da acção principal». Esta metodologia de duplo julgamento existe, pois, no processo sumário cautelar: é o legislador que o determina. E, em segundo lugar, cumpre perceber que o julgamento da matéria de facto tem especificidades, quando comparados com os realizados no âmbito do processo principal, uma vez que «o procedimento cautelar é sempre dependência da causa que tenha por fundamento o direito acautelado (artigo 383.º, n.º 1, do CPC). Ora, tratando-se de um julgamento próprio de um processo sumário *tout court*, que, ainda por cima, é instrumental de um outro processo e cujo objecto, não obstante ser autónomo, coincide (em maior ou menor parte, dependendo dos casos e do tipo de providências requeridas) com o objecto da causa principal, fácil é perceber que este aspecto faz toda a diferença na forma como no processo cautelar se procede à apreciação do material probatório. Enfim, como se perceberá, quando comparado com o processo principal, o *thema decidendum* do processo cautelar é especial (determinado e mais restrito do que o da causa principal) e o seu *thema probandum* não é menos especial, é, desde logo, distinto, mais reduzido, coincidindo em momentos determinados, uma vez que a situação jurídica que se quer acautelar é a situação jurídica que é objecto da lide principal, e é um *thema probandum* de probabilidade ou de hipótese. De qualquer modo, o julgamento da matéria de facto é sempre realizada segundo o princípio da probabilidade (3.1.).

E, se assim é, como entendemos que verdadeiramente é, cumpre perceber que a explicação do que seja a *verosimilhança*, o *juízo sumário* e o *juízo*

hipotético só acontece no julgamento da questão jurídica. Não convém, pois, invocar esta expressão no momento da apreciação da prova dos factos, nem no momento do julgamento da matéria de facto. Isso seria perigoso demais para um sistema cuja resolução dos conflitos passa cada vez mais pelas providências cautelares. E na verdade, esse entendimento seria enganoso, uma vez que, quer empiricamente, quer em termos legais, o esgotamento da prova acontece hoje no âmbito dos processos cautelares, tendo sido há muito afastada a figura da simples justificação, enquanto modalidade de demonstração dos factos por mera alegação do facto e sem ter por suporte material probatório produzido. E tanto é assim que hoje tanto a lei processual civil como a lei processual administrativa admitem e legitimam o esgotamento da prova no processo cautelar, em termos que a *questio iuris* se apresenta naturalmente como pronta ou «madura» para julgamento (para invocar uma expressão empregue pelo Tribunal Constitucional italiano, a propósito destas questões de instrução e julgamento de prova nos processos cautelares) (3.2.).

3.1. Assim, comecemos pelo julgamento da matéria de facto e pela análise da prova produzida. Para se chegar ao «julgamento da matéria de facto» (artigo 383, n.º 4, do CPC), é necessário produzir prova. Como se faz a prova, nos processos cautelares? Ora, tendo em consideração os princípios e as normas que se aplicam ao procedimento instrutório cautelar, chegamos à conclusão que estamos perante um processo de cognição sumária, isto é, o *thema probandum* é especial, é mais reduzido e é objecto de prova sumária. E, temos para nós, que este conceito não pode ser entendido como prova mais leve, menos forte e menos convincente. A certeza deste entendimento, vamos encontrá-la na lei processual administrativa, no artigo 118.º, n.º 1, quando o legislador considera que a prova apresentada pelo requerente é suficiente para demonstrar a veracidade dos factos alegados por si, se o requerido não apresenta defesa no processo. A prova sumária é sobretudo sinónimo de prova restrita, isto é, prova imediatamente disponível e junta ao processo, *maxime* prova documental, ou passível de produção imediata ou passível de produção num curto espaço de tempo. Portanto, neste sentido, a prova sumária é sinónimo de quantidade restrita do material probatório a partir do qual o juiz vai formar a sua convicção quanto à realidade desses factos.

Ora, remetidos para a lei processual civil, e tendo em conta que o deferimento da providência solicitada depende, nos termos do artigo 387.º, n.º 1, da convicção do juiz quanto a haver uma «probabilidade séria da existência do direito» e quanto à demonstração suficientemente fundada do receio da sua lesão, percebe-se, em primeiro lugar, que o *thema decidendum* é, portanto especial: dois pressupostos hipotéticos, o da probabilidade séria da existência do direito e o do receio da lesão do direito suficientemente fundada. E, assim,

não obstante o legislador mencionar que o requerente deve oferecer a prova sumária do direito ameaçado e a prova sumária do receio de lesão do direito, o *thema probandum* inclui também os factos que demonstram duas probabilidades: a «probabilidade séria da existência do direito» e o «fundado receio da sua lesão»), sendo que estes factos a demonstrar tanto podem ser factos reais como hipotéticos, e a susceptibilidade de prova destes, como se sabe é duvidosa. Enfim, as provas servem exactamente para demonstrar a realidade dos factos (artigo 341.º do CC), não devendo versar sobre questões de direito e, entre nós, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a proceder à distinção entre questão de facto e questão de direito e discute também da possibilidade da prova de factos hipotéticos⁽¹⁷⁶⁶⁾. Sobre estes factos há instrução e produção de

⁽¹⁷⁶⁶⁾ Sobre este assunto, vd. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre...*, cit., pp. 310 a 312. Nos processos cautelares o objecto da prova são os factos que sustentam os pressupostos de decretamento da providência cautelar, a probabilidade da existência do direito e o fundado receio de lesão. Assim, prescreve o artigo 384.º, n.º 1, que «com a petição, oferecerá o requerente prova sumária do direito ameaçado e justificará o receio da lesão». Assim, quanto ao objecto da prova, e nos termos do artigo 513.º, a instrução tem por objecto os factos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos e necessitados de prova. Por outras palavras: a prova incide sobre as questões de facto que integram a base instrutória. Ou, por outras palavras, ainda, a fase de instrução ou actividade instrutória tem por objecto os factos articulados pelas partes que são relevantes para o desfecho da lide e que são controvertidos, sendo justamente sobre eles que o tribunal se pronunciará (artigo 653.º, n.º 2, do CPC), sendo ainda certo que o tribunal só pode pronunciar-se sobre as questões de facto, já que a lei considera como não escritas as respostas dadas a questões de direito (artigo 646.º, n.º 4, do CPC). Não é, pois, permitido formular quesitos sobre matéria de direito (neste sentido, A. MONTALVÃO MACHADO/PAULO PIMENTA, *O novo processo civil*, 3.ª ed., Coimbra, 2001, p. 219). Ora, a este propósito surge uma primeira dificuldade. Distinguir uma questão de facto de uma questão de direito. ALBERTO DOS REIS (*Código de processo civil anotado*, Vol. III, pp. 206 a 207) referiu que é questão de facto tudo o que tende a apurar quaisquer ocorrências da vida real, quaisquer eventos materiais e concretos, quaisquer mudanças operadas no mundo exterior, sendo uma questão de direito tudo o que respeita à interpretação e aplicação da lei. CASTRO MENDES (*Direito processual civil*, Vol. II, Lisboa, 1987, pp. 645 a 646) sustentou que é matéria de direito tudo o que se relaciona com a existência, validade ou interpretação das normas jurídicas, demarcando-se, por oposição, a matéria de facto. ANTUNES VARELA *et al.* (ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de processo civil*, Coimbra, 1985, pp. 406 a 408), por seu lado, entendem que factos são as ocorrências concretas da vida real, devendo entender-se como tais não só os acontecimentos do mundo exterior (realidade empírico-sensível) como também os eventos de foro interno do sujeito (da sua vida psíquica, sensorial ou emocional). Estes autores integram ainda na categoria de factos susceptíveis de serem levados à base instrutória as ocorrências virtuais ou factos hipotéticos. Para ANSELMO DE CASTRO (*Direito processual civil declaratório*, Vol. III, Coimbra, 1981/1982, p. 268), a averiguação de ocorrências concretas ou de acontecimentos (internos ou externos, reais ou hipotéticos) que possam vir a enquadrar-se na previsão da norma levanta uma questão de facto, exigindo um juízo de facto. Por seu turno, já levanta uma questão de direito determinar se os factos apurados se integram ou não na previsão legal, sendo através de um juízo de direito que

prova, isto é, de prova sumária, sendo prova que em alguns casos é quantitativamente muito restringida, resumindo-se a prova documental imediatamente disponível, por exemplo, ou a alegação e depoimento de parte, outras vezes é menos restrita e mais esgotada, podendo ser alargada à prova pericial, testemunhal e prova por inspecção, dependendo da situação de urgência. Vejamos melhor em que termos se pode dizer que o processo cautelar comum é um processo de cognição sumária. Assim, nos termos do código de processo civil, não basta ao requerente alegar, ele deve justificar o receio de lesão e deve juntar às suas alegações escritas a prova sumária do direito ameaçado (artigo 384.º, n.º 1). Neste sentido, a prova sumária do direito poderá fazer-se através da junção de prova documental ou outro tipo de prova líquida e imediatamente disponível, sendo que aqui se pressupõe que a prova sumária corresponde a prova não esgotada.

Depois, a *summaria cognitio* está presente ainda nesta fase quando se permite que haja dispensa do contraditório (nos termos do artigo 385.º, n.º 2), podendo assim configurar-se a tal situação de cognição sumária por contraste com a cognição plena ou completa, uma vez que o conhecimento do *thema decidendum* vai sofrer uma redução e uma diminuição vertical, por causa do menor número dos *facta alligata* e por causa das fontes de prova que não são tidas em conta. E a prova dessa redução encontra-se no artigo 388.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), esp. na alínea *b*), quando se permite que o requerido,

se procede à subsunção do facto na norma. Para MANUEL DE ANDRADE, deve afastar dos quesitos, por constituir matéria de direito, tudo o que envolva noções jurídicas, apenas podendo ser formulado como quesito os factos materiais que interessem àquelas noções. No mesmo sentido, L. ROSENBERG (*Tratado de derecho procesal civil*, Tomo II, tradução espanhola de Angela Romera Vera, Buenos Aires, 1955, p. 209) sustentou que os factos jurídicos são acontecimentos concretos, determinados no espaço e no tempo, passados e presentes, do mundo exterior e da vida anímica humana que o direito objectivo converteu em pressupostos de um efeito jurídico. Afastando do facto objecto de representação os factos hipotéticos, F. CARNELUTTI afirmou que o facto que é objecto de representação é um acontecimento concreto (determinado no espaço e no tempo) do mundo exterior, sendo que aquilo que não constitui um facto, isto é, que não tem existência concreta, não se representa. Isto significa, para o autor, que não é objecto de prova coisas abstractas, aquilo que é tido como pertença de regras da experiência ou de direito. A este propósito, F. CARNELUTTI (*La prova civile*, parte generale, Milano, 1992, pp. 94 e 95) escreveu o seguinte: «conviene ora approfondire un poco il concetto della fonte di prova, cioè del fatto rappresentativo. La rappresentazione è un surrogato della percezione: serve a risvegliare mediante un equivalente sensibile l'idea che verrebbe, primariamente, determinata dalla percezione di un fatto. L'obbietto della rappresentazione è dunque l'obbietto medesimo della percezione: un fatto, cioè un atteggiamento concreto (determinato nello spazio e nel tempo) del mondo esteriore. Ciò che non è un fatto, cioè che non ha esistenza concreta, non si rappresenta. Questo significa che non costituiscono obbietto della prova storica entità astratte, quali sono le reole di esperienza o di diritto».

optando pela oposição, alegue factos novos e produza meios de prova não tidos em conta pelo tribunal⁽¹⁷⁶⁷⁾. Depois, havendo contraditório (nos termos do artigo 385.º, n.º 2), haverá oposição do requerido e junção de prova igualmente sumária dos factos que possam afastar os fundamentos da providência ou determinar a sua redução, sendo que a produção de prova se fará em audiência final, e a realização desta obedece a regras especiais, sendo, aliás, também aqui que se produzirá a prova determinada officiosamente pelo juiz (artigo 386.º). E aqui, claro está, podem realizar-se todos os meios de prova, com a excepção daqueles que são naturalmente incompatíveis com a natureza urgente do processo e a natureza provisória da providência cautelar.

Perante este material probatório (às vezes já esgotado outras vezes ainda muito reduzido, sendo que não tão reduzido como aquele que resultaria da simples alegação de facto ou da simples justificação) pode questionar-se se pode o juiz julgar a matéria de facto de forma distinta? Temos para nós, que não. E a diferença que pode existir entre o julgamento da matéria de facto no processo cautelar e o do processo principal está na quantidade da prova produzida e no tipo de factos a provar e não na forma como o juiz tem de julgar o material probatório. Este, embora do tipo sumário, enquanto não esgotado, enquanto quantitativamente reduzido, enquanto prova sumária, é avaliado normalmente pelo juiz, não existindo nele diferença quanto ao «Beweisgrund», isto é, quanto ao motivo, argumento ou razão convincente. Em qualquer caso, as provas (sumárias ou não) servem exactamente para demonstrar a realidade dos factos. E o julgamento far-se-á de acordo com as regras comuns de julgamento e não obedecerá a diferenças maiores, a não ser aquelas que resultam destas especificidades. Trata-se sempre de julgar a prova de factos, e

⁽¹⁷⁶⁷⁾ Neste sentido, L. LOMBARDO («Natura e caratteri...», cit., p. 510) afirma que a técnica da inversão do contencioso (ou técnica do processo de cognição unilateral ou procedimento *inaudita altera parte*) configura uma cognição sumária. E esta pode traduzir-se numa cognição sumária porque parcial (horizontalmente não completa), uma vez que saem do exame do juiz os factos impeditivos, modificativos ou extintivos que são normalmente opostos pelo demandado. E, assim, nestes casos, os factos a provar são de extensão mais reduzida (quantidade da cognição factual). Mas, a cognição é também verticalmente não completa e logo é superficial. Assim, uma vez que deixou de fora uma parte dos *facta alligata*, considera-se que o *accertamento* acontece *in modo* incompleto, uma vez que atinge a intensidade ou profundidade de tal *accertamento* sobre o *thema decidendum*. Aliás, para LOMBARDO só esta configuração do processo cautelar traduz a sumariedade cognitiva, fazendo dele um verdadeiro processo sumário. Refere o autor que a hegemonia do princípio do inquisitório e a ausência de pleno contraditório, enquanto princípios que caracterizam esta configuração do processo cautelar *inaudita altera parte*, previsto no § 2, do artigo 665-*sexies* do c.p.c., fazem dele um processo de cognição sumária, no âmbito do qual a cognição é amplamente diversa e mais superficial do que aquela ordinária e do que aquela que caracteriza o processo cautelar com pleno contraditório.

alguns são até hipotéticos, numa medida que tenha em conta a probabilidade do *thema decidendum* ⁽¹⁷⁶⁸⁾.

E aqui decide-se a matéria de facto como na causa principal. Também aqui não pode haver uma certeza absoluta a respeito das afirmações processuais. Afastada, como está definitivamente, a corrente dogmática e afirmada a corrente probabilística, julgamos que não há como negar que as afirmações processuais não são nunca absolutamente certas. Com efeito, se para aquela corrente é possível atingir a certeza, já que «as provas umas vezes produzem certeza, outras apenas probabilidade», para a corrente probabilística a convicção do tribunal não vai além da probabilidade ⁽¹⁷⁶⁹⁾. Enfim, toda a convicção humana é uma convicção de probabilidade: certa afirmação tem larga medida de probabilidade, sendo que a afirmação contrária tem uma medida inversamente proporcional de possibilidade. Por outras palavras: entre duas afirmações contrárias, aquela que tem maior grau de possibilidade de ser verdadeira, diz-se que tem probabilidade ⁽¹⁷⁷⁰⁾. E, por vezes, há marcas de intensidade de convicção objectivamente reconhecíveis: na doutrina inglesa,

⁽¹⁷⁶⁸⁾ Como realça E. T. LIEBMAN («Unità del procedimento cautelare...», cit., p. 252), «a função meramente instrumental da cognição no processo cautelar tem a sua explicação naquele que é o seu objecto»: «para decretar a providência cautelar o juiz tem de considerar existente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*», sendo que em relação ao primeiro, «di questo diritto non deve accertarsi l'esistenza, che è compito proprio dell processo principal, bensì soltanto constatarsi la verosimiglianza. E, quanto ao *periculum in mora*, LIEBMAN menciona que este «non è un rapporto giuridico; caso nasce invece da una situazione di fatto complessa e mutevole, dalla quale il giudice deve trarre gli elementi per un giudizio di probabilità sulla imminenza di un danno al possibile diritto». E acrescenta, em relação ao *periculum in mora*, o juízo de certeza «não é sequer possível, visto que o juiz tem de atender a factos que ainda não aconteceram, o que pode e deve medir-se somente em termos de possibilidade que venham a acontecer».

⁽¹⁷⁶⁹⁾ Assim, se para alguns autores, designadamente para VON CANSTEIN, «a consciência da verdade material das afirmações das partes pode gerar-se no juiz em diversos graus de intensidade»: «Gewissheit», «Überzeugung», «Glaube» e «Vermutung», para outros a certeza é inatingível. Ou, por outras palavras, se aquele autor admite que para além da convicção, da crença e da suspeita, é possível gerar-se no juiz a «certeza de uma afirmação, isto é, a segurança absoluta do seu carácter verdadeiro, já para a corrente probabilística, «o estado de espírito chamado certeza absoluta é um que ou não existe ou não é atingível pelo Homem» (CROSS; FURNO). Neste sentido, SAUER afirmou que «a justiça como valor absoluto é tão inatingível pelo juiz, como a pura verdade pelo investigador ou a pura beleza pelo artista». Esta corrente, que segundo CASTRO MENDES agrupa a maioria dos juristas, incluindo ele próprio, integra mesmo autores que empregam o termo certeza para qualificar o estado de espírito obtido pelo resultado probatório, contudo, esse termo certeza é empregue num sentido diminuído e não tem o sentido de tão intenso grau de consciência de verdade absoluta. Certeza tem como sinónimo expressões «certeza relativa», «certeza moral» e «certeza (suma probabilidade)»; de qualquer modo esta certeza jurídica e processual opõe-se à certeza matemática. Estas afirmações são sustentadas a partir do texto de J. CASTRO MENDES, *Do conceito de prova...*, cit., p. 319, esp. notas 10 e 11.

⁽¹⁷⁷⁰⁾ J. CASTRO MENDES, *Do conceito de prova...*, cit., p. 321.

diferentemente do que se exige na condenação no processo penal — a *proof beyond reasonable doubt* —, a tendência no processo civil é para considerar bastante a simples preponderância da probabilidade de certa afirmação sobre a contrária. Assim, abandonando a tentativa de definir conceitos qualitativos, a doutrina já renunciou à fixação de um escalão de intensidades de convicção, qualitativamente reconhecíveis, e já aderiu à máxima segundo a qual «em todo o juízo sobre a realidade estamos limitados à mera probabilidade (ou verosimilhança) (Wahrscheinlichkeit)» (1771). Assim, como «ao Homem não é permitida a consciência da verdade absoluta e indubitável — ou certeza —, mas a consciência de uma elevado grau de probabilidade», consciência a que chama convicção, também esta é a metodologia a seguir no julgamento da matéria de facto no processo sumário. E quanto ao grau de convicção que é necessário para se falar em prova, a doutrina já afirmou que é aquele que for necessário para justificar a decisão que nela se baseia. O julgador deve medi-lo em face das circunstâncias do caso concreto e do seu prudente arbítrio. Domina aqui a ideia de *justificabilidade*. Toda a prova é, portanto, uma prova bastante; bastante para justificar o acto que se vai praticar». Falamos, pois, da *quantidade suficiente*, sendo que «no processo se busca a verdade suficiente» (1772), tanto mais quanto, como afirma NEVES E CASTRO, que a «evidência ou prova metafísica poucas vezes se pode obter» (1773).

Neste sentido, julgamos que a medida do *quantum* da prova, em qualquer processo, seja sumário ou sumário cautelar, se deve fixar tendo em atenção todas as características do caso concreto, e designadamente a importância do processo em causa, a posição processual da alegação probanda e o conteúdo da alegação probanda e os prejuízos (1774). Enfim, com CASTRO MENDES,

(1771) J. CASTRO MENDES, *Do conceito de prova...*, cit., p. 324.

(1772) J. CASTRO MENDES, *Do conceito de prova...*, cit., p. 325, nota 31.

(1773) Com efeito, F. A. DAS NEVES E CASTRO (*Theoria das provas e a sua aplicação aos actos civis*, Porto e Braga, Livraria Internacional, Ernesto Chardon, editor, 1880, p. 10) escreve o seguinte, a este propósito: «os filósofos ainda não chegaram a uma opinião acerca do que é a certeza. Este grande problema, insolúvel até hoje, pois que não pôde ainda resolver-se, com aquela precisão que é própria das ciências morais, chega a levar o entendimento humano ao grau mais elevado da abstracção: e se as verdades mais evidentes são negadas, e se os nossos sentidos não nos podem determinar acerca da existência ou inexistência da maior parte dos factos, podemos dizer, sem receio de errar, que a evidência ou prova puramente metafísica poucas vezes se pode obter». (Cumprir dizer que adaptamos o texto ao português moderno).

(1774) J. CASTRO MENDES, *Do conceito de prova...*, cit., p. 325, notas 31 e 32. Vejamos, mais em pormenor, o que se deve entender por cada um dos exemplos. A importância do processo em causa: a lei impõe uma instrução mais completa nos tipos de processo correspondentes aos litígios de maior valor, permitindo, portanto, uma instrução menos completa nos de menor valor (cfr. artigo 800.º do CPC). E no que respeita ao primeiro aspecto, o concernente à posição processual da alegação probanda: seguindo CHIOVENDA, diz que «a prova deve ser mais

consideramos que o problema do *quantum* da prova se deve resolver pelas ideias elásticas de *justificabilidade*, de prova bastante ou suficiente (apreciadas por todas as circunstâncias do caso concreto), sendo que, como escreve JOSÉ OSÓRIO, «na apreciação do justo grau de probabilidade está o segredo do acerto da decisão». E como menciona este autor, «esse grau de probabilidade é variável conforme o efeito jurídico do facto considerando: o tribunal exigirá naturalmente uma prova mais segura em relação a factos que imponham prejuízos do que em relação àqueles que somente implicam a perda de vantagens» (1775). Enfim: «os juízes julgam sempre, pode dizer-se, com probabilidades» (1776). Também VAZ SERRA refere que «as provas não têm forçosamente que criar no espírito do juiz uma absoluta certeza acerca dos factos a provar, certeza essa que seria impossível ou geralmente impossível». Segundo o autor, «o que elas devem é determinar um grau de probabilidade tão elevado que baste para as necessidades da vida» (1777).

E, assim, tendo em conta a interinidade da decisão proferida no processo sumário cautelar e a urgência na prolação da decisão final do processo acessório, temos para nós que não é neste ponto do julgamento da matéria de facto que se deve falar em aparências, verosimilhanças, *fumus* ou em juízos hipotéticos. A convicção é de probabilidade, sendo, pois, necessário o *minimum de accertamento* sobre a matéria de facto: basta que no espírito do juiz haja mais convicção a favor da credibilidade dos factos do que em sentido oposto. Os alemães falam da «überwiegende Wahrscheinlichkeit»: probabilidade preponderante, que significa que se formou no espírito do julgador a convicção de que há mais razões a favor da verdade dos factos do que em sentido contrário.

3.2. Ainda a propósito das especificidades que o processo sumário cautelar possa apresentar quando comparado com os demais processos sumários, importa avançar agora para a segunda parte. Como apurámos, nem o julgamento da matéria de facto nem a decisão final proferida no procedimento

rigorosa para aquele ponto que é coberto pelo caso julgado», sendo que a prova menos rigorosa se aproxima, segundo aquele autor italiano, da simples justificação», e «que uma mesma questão poderá em processos diversos ser tratada mais ou menos atentamente consoante o desempenho o papel de *thema decidendum*, questão fundamental ou questão instrumental». Quanto ao conteúdo da alegação: a lei exige normalmente um *quantum* de convicção superior para a procedência do pedido do que para a improcedência. Refere-se o autor ao *quantum* de convicção necessário para se considerar removida a dúvida, a qual é menor no sentido contrário ao *onus probandi* que no sentido deste.

(1775) Assim refere JOSÉ OSÓRIO, «Julgamento de facto», in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1954, pp. 196 ss. e 218.

(1776) Assim refere JOSÉ OSÓRIO, «Julgamento de facto...», cit., p. 218.

(1777) A. VAZ SERRA, «Provas...», cit., p. 82.

cautelar têm qualquer influência no julgamento da acção principal. Ora, este princípio tem uma significativa importância no julgamento da questão jurídica. Voltamos à lei processual civil e ao *thema decidendum* do processo cautelar. Tendo em conta que o deferimento da providência solicitada depende, nos termos do artigo 387.º, n.º 1, da convicção do juiz quanto a haver uma «probabilidade séria da existência do direito» e quanto à demonstração suficientemente fundada do receio da sua lesão, percebe-se mais uma vez que ele é, portanto, especial quando comparado com o da causa principal.

De qualquer modo, também neste caso o juiz procede à subsunção dos factos às normas. Cumpre, então, em primeiro lugar, questionar que normas se aplicam agora aos factos provados, especialmente aos factos que sustentam o pressuposto referente ao direito ameaçado ou à situação jurídica acautelanda. E poderíamos pensar que essas normas, às quais o juiz cautelar vai subsumir os factos provados, são de natureza processual, *scilicet*, as previstas exactamente no artigo 387.º, n.º 1, onde se diz «a providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre fundado o receio da sua lesão». Ou, pelo contrário, podemos pensar que essas normas a invocar no exame de conclusões, são exactamente as normas substantivas ou o direito material que se aplica à situação jurídica da causa principal. Ora, efectivamente, e sobretudo a propósito do pressuposto referente à pretensão jurídica, julgamos que devem ser trazidas à colação as normas jurídicas de natureza substantiva, isto é, o direito material que rege a pretensão jurídica acautelanda que é o fundamento da causa principal. Assim, para o exame da questão jurídica no processo cautelar deve ser antecipadamente considerado o regime material a aplicar na causa principal. E pensamos que o juiz se limita à subsunção dos factos às mesmas normas que disciplinam a situação jurídica da causa principal, já que esta é a situação jurídica acautelar.

Ora, é exactamente por aqui que julgamos que a história deve ser retomada ⁽¹⁷⁷⁸⁾. A *verosimilhança*, o *juízo hipotético*, o *juízo sumário* e o *fumus*

⁽¹⁷⁷⁸⁾ Aliás, são relevantes as dúvidas que MANUEL DE ANDRADE (*Noções elementares...*, cit., p. 11) suscitava a este propósito, ao advertir para a necessidade de subsunção dos factos ao direito material ser necessária para proteger o requerido: «é duvidoso, porém, se, como regra geral, o ânimo do juiz deve propender no sentido da existência do direito que constitui ou constituirá objecto da acção principal, no sentido, portanto, de admitir o bem fundado dessa acção. A resposta afirmativa teria a vantagem de impedir, quanto possível, que a providência cautelar redunde numa intromissão odiosa e vexatória na esfera jurídica do demandado. Mas talvez que a lei, receosa do perigo inverso, se contente, para o efeito, com uma *possibilidade* bastante séria no mesmo sentido (...). Através do mecanismo próprio destes procedimentos pretendeu a lei seguir uma linha média entre dois interesses conflituantes: o da justiça pronta, mas com risco de ser precipitada; e o de uma justiça cauta e ponderada, mas com o risco de ser platónica, por chegar a destempo».

boni iuris não são senão os nomes que os antigos davam àquilo que é o resultado do exame de conclusência que é típico do processo sumário de cognição sumária cautelar, isto é, não é senão o resultado da operação de subsunção dos factos ao direito que se realiza no processo em que se concretizam as técnicas da acessoriedade-instrumentalidade e da provisoriiedade. Na verdade, umas vezes mais simples, outras vezes envolvendo maior complexidade, devido à multiplicidade de soluções aparentemente possíveis para a mesma questão ou devido à dificuldade de interpretação das normas, o juiz confrontar-se-á com a urgência, com a falta de tempo para ponderar, com a redução do material probatório e com a imposição legal de dever decidir provisoriamente. Então, neste contexto, perguntando até onde pode ir o juiz no julgamento da questão jurídica exactamente naquele processo, a resposta é inevitavelmente esta: não pode ir muito longe ou não pode ir tão longe quanto vai o juiz da causa principal ou o juiz de qualquer outra causa sumária. E, em nosso entender, por isso mesmo esse julgamento não pode ser completo e mesmo quando é quase completo é legalmente pré-condicionado. Assim, podendo só excepcionalmente assumir a dimensão de exame de conclusência completo, na medida que o juiz pode actuar num contexto favorável que lhe permita subsumir às normas que versam sobre o direito alegado os factos considerados provados, em termos que, aplicando o mesmo direito material que se aplica à situação jurídica litigiosa da causa principal, o juiz cautelar está colocado numa posição em que consegue apurar de forma quase conclusiva a existência da pretensão jurídica a acautelar. Contudo, sabe que o seu julgamento não é definitivo e por isso não deve emitir providências com o conteúdo que o pressuponham, até porque este pressuposto jurídico constitui o verdadeiro objecto da causa principal. E é exactamente por causa disto, e por razão de urgência, que o legislador determina as condições em que a subsunção dos factos ao direito é normalmente realizada: a subsunção ao direito material deve ser limitada, deve ser reversível, interina e não-prejudicial. E é exactamente neste contexto que se pode encaixar de novo um conjunto de palavras falaciosas, tal como a de *verosimilhança* e de *fumus boni iuris* ou de *summatim cognoscere*, como entendiam os romanos do período clássico e pós-clássico (1779). O exame de conclusência é, na verdade, e deve ser na maior parte das vezes, um exame tão completo quanto possível, mas sempre de natureza inconclusiva, isto, é deve ser sempre aberto, reversível e «não prejudicial».

(1779) Sobre este assunto, afirmando a existência de erros na elaboração da colectânea do *Corpus Iuris Civilis* e defendendo uma nova leitura das fontes do *ius romanum*, a partir do período pós-clássico, no contexto do qual *summatim cognoscere* significava sobretudo pré-decidir num processo acessório, de modo provisório (interino e não-prejudicial), a questão jurídica pendente num processo principal, vd. D. SIMON, «Summatim cognoscere...», cit., pp. 142 a 218.

E a subsunção pode ser mesmo muito condicionada, porque em todo o caso o deferimento da decisão cautelar pode depender de outros pressupostos distintos: da maior urgência, da natureza da medida, dos efeitos a produzir pela medida e da complexidade da causa. Afinal, o julgamento completo da questão jurídica pode configurar um risco para a defesa urgente da pretensão jurídica. Ora, nesta situação, é natural que em vez do exame de conclusão completo a lei processual preveja uma norma especial de decisão. E, não sendo possível, com clareza e rapidez, trazer à colação o direito material a aplicar, deverá ser possível decidir com base em normas especiais ou critérios especiais de decisão, designadamente, por via do critério da ponderação de interesses. Foi, aliás, o que propôs LEIPOLD para situações em que a urgência não permite esperar. Sugerindo a criação *ad hoc* de uma norma que atenda à ponderação de interesses opostos, o autor defende um exame de conclusão limitado em substituição da análise completa do direito material. A previsão da ponderação de interesses opostos pode dispensar o exame de conclusão completo.

Em suma, como no processo sumário cautelar, há uma luta contra o tempo (como mencionava LEIPOLD) ⁽¹⁷⁸⁰⁾, em especial no que respeita à situação jurídica ou ao pressuposto do direito do requerente, a *summaria cognitio* pode nestes casos — *rectius*, só nestes casos — ser também *sinónimo* de julgamento diminuído, uma vez que a cognição completa da situação jurídica é deixada para a acção principal, devendo, o juiz contentar-se com a existência de razões que justificam acautelar a situação jurídica alegada, mesmo na falta de análise ou falta de confirmação quanto à sua existência. Afinal, como o pressuposto da pretensão jurídica é o cordão umbilical que liga a acção cautelar à acção principal, só este aspecto — um aspecto que somente se verifica nos processos sumários cautelares — justifica a incompletude do julgamento da questão jurídica no processo cautelar, já que quanto ao julgamento da matéria de facto, ele é completo, ainda que incida sobre material probatório reduzido, uma vez que foi instruído e produzido sumariamente.

(1780) Neste sentido, D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., p. 83.

BALANÇO

Os contornos da categoria da tutela de urgência, que remontam ao *ius commune* europeu clássico (direito de lastro romano-canônico-germânico), foram aceites e aprimorados pela escola italiana da primeira metade do século XX. Contudo, a *praxis* típica do contencioso de tipo moderno contribuiu para acelerar a transformação da categoria em conjunto de técnicas processuais. Em certos domínios da tutela de urgência, *id est*, no domínio dos processos urgentes cautelares, a *accessoriedade-instrumentalidade* e a provisoriedade qualitativas foram sendo anuladas não só pelo próprio juiz como pelo legislador. A técnica da antecipação qualitativa-funcional foi sendo substituída pela técnica da antecipação *tout court*. E, com vista à concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo, o legislador foi positivando novas formas de tutela urgente, no âmbito das quais foi concretizando algumas das técnicas tradicionais e dispensando outras.

O contencioso tardo-moderno inclui novos tipos de tutela jurisdicional de urgência, cuja função e estrutura surgem reconfiguradas. Esperam, por isso, uma classificação da dogmática. E, sabendo que o processo não é senão «técnica» (CARNACINI) ou «regras técnicas» (CARNELUTTI) — a escolha da forma, em sentido lato, para realizar a tutela jurisdicional —, cumpre perceber em cada momento que técnicas são concretizadas para realizar certa função, sendo também possível realizar um estudo sistemático a partir das técnicas constantes nos processos de urgência. Tem-se em conta que as técnicas que o legislador vai concretizando e aperfeiçoando traduzem uma escolha, a escolha da forma processual mais idónea para realizar a melhor tutela jurisdicional possível, tendo em conta a situação jurídica que se apresenta carente de protecção.

É neste contexto que se percebe que a *accessoriedade-instrumentalidade* pode ser uma técnica a concretizar num processo que seja concebido funcionalmente para tutelar a *situação-de-urgência*, sendo que tal técnica pode ser combinada com outra e com outra. Mas essa técnica também pode ser dispensada. O mesmo acontecendo com a provisoriedade e com a antecipação.

Enfim, neste sentido, conclui-se, pois, que há técnicas adequadas e necessárias e há outras que são adequadas mas dispensáveis no momento da concretização dos processos que servem para tutelar as *situações-de-urgência*. Assim, sendo os processos urgentes próprios para realizar a tutela judicial definitiva ou provisória de *pretensões-jurídicas-de-urgência* e devendo a sua estrutura combinar com tal função, cumpre dizer que a técnica da sumariedade é absolutamente necessária para caracterizar a categoria da tutela de urgência.

Na verdade, a sumariedade procedimental e a sumariedade cognitiva constituem a melhor técnica ao serviço daquele que é o eterno desiderato humano de luta contra o tempo. Todos os processos sumários de cognição sumária têm em comum o facto de permitirem alcançar uma aceleração na demonstração da facticidade alegada como verdadeira, devendo tal material probatório ser julgado segundo o princípio gradualista da probabilidade. Já os processos cautelares, *id est* os processos no âmbito dos quais se combina as técnicas de acessoriedade-instrumentalidade e de provisoriedade com a da sumariedade, apresentam especificidades quanto ao julgamento da *quaestio iuris*, já que o exame de conclusão que neles se realiza é sempre provisório.

PARTE III

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO PROCESSO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO: O MODELO DOS PROCESSOS URGENTES PREVISTOS NOS TÍTULOS IV E V DO CPTA: A CLASSIFICAÇÃO, A REDUÇÃO À UNIDADE E A AUTONOMIZAÇÃO DA CATEGORIA DA TUTELA JURISDICCIONAL DE URGÊNCIA

PROPOSIÇÃO

CAPÍTULO I — O modelo de tramitação ordinário e o modelo de tramitação especial: a urgência como factor determinante da forma processual e como factor determinante da exclusividade do modelo de tutela de urgência — a classificação a partir da forma

CAPÍTULO II — Modelo aberto de *pretensões-de-urgência* e de *decisões-de-urgência*: a urgência como factor atractivo das técnicas de *accessoriedade-instrumentalidade*, da provisoriedade e da antecipação — a classificação a partir (sobretudo) de um perfil funcional

CAPÍTULO III — O modelo ordinário de *plena cognitio* e o modelo especial da *summaria cognitio*: a urgência como factor conformador da *sumariedade procedimental* e cognitiva — a classificação a partir (sobretudo) da estrutura

BALANÇO

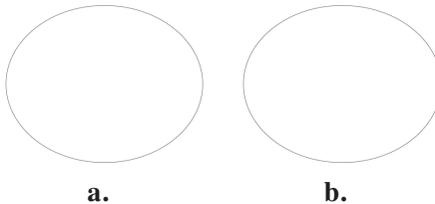
PROPOSIÇÃO

O modelo de tutela urgente previsto no Título IV do CPTA e o modelo de tutela urgente consagrado no Título V do CPTA não são mais do que duas modalidades de uma (mesma e única) categoria de tutela de urgência que o legislador veio consagrar no contencioso administrativo, com a reforma introduzida em 2002/2003. E, não obstante as especificidades que apresenta cada um dos tipos de processos consagrados nos Títulos IV e V do CPTA, é possível proceder à sua classificação sistemática, em termos que ambos os tipos são modalidades de mesma estirpe processual. Com efeito, com a reforma de 2002/2003, a tutela de urgência deixou de ser proporcionada através de processos-*excepção* e, tendo como função realizar a tutela judicial efectiva e em tempo justo das *pretensões-jurídicas-de-urgência*, adquiriu uma forma especial e uma característica estrutural distintiva, assumindo-se, assim, como categoria própria, autónoma e especial perante o demais contencioso administrativo ordinário.

Do estudo do regime jurídico dos processos urgentes autónomos e cautelares, constantes, respectivamente, do Título IV e do Título V do CPTA, resulta a autonomia da categoria da tutela de urgência, sendo que a classificação obedece a um critério de ordem formal, a outro de matriz funcional e a um terceiro de natureza estrutural. Assim, considerando o critério da forma, cumpre dizer que, com a reforma introduzida no regime do processo administrativo, em 2002/2003, o contencioso administrativo passou a integrar dois modelos processuais, a saber: o modelo ordinário e o modelo especial. O modelo de tramitação especial revela-se legalmente determinado, *ex vi* do artigo 36.º do CPTA, por aplicação do factor de urgência e apresenta-se como forma exclusiva e única, por contraste com a primeira, sempre que em causa esteja a realização das *pretensões-jurídicas-de-urgência*. Imposto obrigatoriamente pela lei para realizar a tutela judicial em determinadas *situações-de-urgência*, incluindo as *pretensões-de-urgência-típicas* referentes ao contencioso eleitoral, ao contencioso pré-contratual, ao contencioso das intimações urgentes para protecção de certos direitos fundamentais e as *situações-de-*

-urgência-atípicas coincidentes com o *periculum in mora*, o modelo de tramitação especial previsto nos Títulos IV e V do CPTA é sistematicamente distinguido e classificado na lei processual administrativa. E, com efeito, do ponto de vista do princípio da legalidade da forma, o modelo de tramitação especial configura-se como via própria e autónoma perante o modelo de tramitação ordinário e revela-se como prioritária e imperativa para tutelar aquelas *situações-de-urgência* identificadas legalmente, contempladas no CPTA ou em legislação avulsa.

Neste sentido, cumpre, pois, precisar que o actual contencioso administrativo integra um modelo de tramitação ordinário, cuja forma processual geral é seguida pelos processos declaratórios e executórios, tidos como processos ordinários ou comuns, e integra um modelo de tramitação especial, cuja forma urgente é seguida pelos processos especiais que são classificados pelo legislador no artigo 36.º como processos urgentes. É, exactamente, por isso, que se afirma que, atendendo ao critério da forma processual, o legislador de 2002/2003 tanto sistematizou como distinguiu (*rectius*, autonomizou pela forma urgente) os processos urgentes autónomos e cautelares dos demais processos ordinários. E quanto a este aspecto, cumpre dizer que, *ex vi* do artigo 36.º do CPTA e tendo em conta um critério que atende à forma processual, o modelo de tutela urgente previsto no Título IV do CPTA e o modelo de tutela urgente consagrado no Título V do CPTA podem ser representados por um só círculo (a.), que se opõe a um outro que representa o modelo ordinário (b.), sendo que aquele primeiro representa uma (mesma e única) categoria de tutela de urgência, a partir da forma processual (**capítulo I**).



Se é verdade que a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe a previsão de processos especiais quanto à forma também não é menos verdade que a concretização de tais direitos impõe a consagração de processos que se apresentam estruturalmente simplificados e abreviados, sendo que tais características combinam bem com a função que os mesmos realizam. Mais do que tudo, os processos urgentes revelam-se como funcionalmente adequados para realizar as *pretensões-jurídicas-substantivas-de-urgência*, sendo que tal função também se verifica nos processos urgen-

tes cautelares. Com efeito, não obstante o carácter instrumental que o processo cautelar possui, a realização da tutela judicial do direito material acontece por actuação das providências antecipatórias.

Ora, no contencioso administrativo tardo-moderno, a realização da tutela judicial das *pretensões-jurídicas-substantivas-de-urgência* acontece por via da consagração de processos urgentes, sendo que tais processos concretizam normalmente diferentes técnicas processuais. A técnica da *acessoriedade-instrumentalidade* e a técnica da provisoriedade são normalmente concretizadas em processos especialmente concebidos para realizarem a protecção das *situações-de-urgência*, donde resultam os processos urgentes cautelares, segundo a terminologia latina, ou os processos acessórios (*de référé* ou de *einstweilige Rechtsschutz*), *id est*, os processos que desembocam na adopção de uma decisão judicial provisória, com vista a assegurar a efectividade da decisão de mérito a emitir noutro processo. Na verdade, os processos urgentes cautelares assumem um papel determinante na realização do direito ao processo efectivo, uma vez que a *acessoriedade-instrumentalidade* desses processos perante os respectivos processos principais (mesmo quando tal relação de acessoriedade-instrumentalidade é muito ténue) e a provisoriedade da decisão que neles é emitida permitem assegurar, em tempo breve, a tutela provisória das *pretensões-jurídicas* carentes de tutela judicial, sendo que se pressupõe que sem essa tutela provisória o processo principal corre o risco de perder efectividade.

Contudo, a tutela das pretensões jurídicas também pode ser assegurada efectivamente sem que para o efeito se concretize no processo tanto a *acessoriedade-instrumentalidade* como a provisoriedade. Com feito, os processos contemplados no Título IV não concretizam tais técnicas. Ainda cumpre notar que, não sendo somente nestes processos que se dispensa a concretização daquelas técnicas, essa dupla é mesmo dispensada (ou dispensável) nos processos consagrados no artigo 121.º e no artigo 132.º, n.º 7, do CPTA, onde, por decisão do legislador, a acessoriedade-instrumentalidade e a provisoriedade não são consideradas técnicas adequadas para realizar as *pretensões-de-urgência* que constituem objecto desses processos urgentes autónomos atípicos. Portanto, as técnicas da acessoriedade-instrumentalidade e da provisoriedade são por regra concretizadas em processos que servem a urgência e são adequadas para caracterizar a categoria da tutela de urgência. Contudo, também podem ser dispensadas desses processos, uma vez que a categoria da urgência se pode concretizar através de outras técnicas. E, entre nós, tudo isto acontece independentemente de falarmos dos processos previstos do Título IV ou do Título V do CPTA.

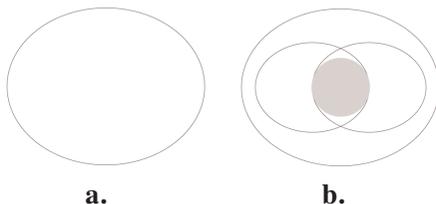
E a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe a previsão da técnica da antecipação em processos simplificados e estruturalmente adequados para as *situações-de-urgência*. Com efeito, a téc-

nica da antecipação da tutela judicial é normalmente empregue para tutelar a urgência, sendo que ela é concretizada tanto em processos urgentes cautelares como em outros processos urgentes autónomos. Na verdade, nos processos urgentes cautelares, a técnica da antecipação revela-se sobretudo numa perspectiva qualitativa e funcional. E nos processos urgentes autónomos a antecipação manifesta-se fundamentalmente como quantitativa, oferecendo abreviação e aceleração na composição da questão litigiosa existente entre as partes. De um modo ou de outro, cumpre dizer que tal técnica desempenha um papel determinante na realização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo, uma vez que, mercê dos seus efeitos, a decisão antecipatória assegura, ainda que de diferentes modos, a protecção judicial das *pretensões-de-urgência*, antes do tempo processual (abstractamente) devido. Assim, no contexto do processo urgente relativo a direitos, liberdades e garantias (previsto no Título IV do CPTA), a concretização da técnica da antecipação revela-se ao serviço tanto do momento declaratório como do momento executório. De facto, através da antecipação é não só possível obter um título executivo que é passível de imediata execução (uma vez que o recurso jurisdicional tem efeito devolutivo) como é possível obter uma sentença com efeitos substitutivos. Assim, se nestes casos a antecipação surge funcionalmente independente, já a concretização da técnica da antecipação no contexto dos processos urgentes cautelares pressupõe condicionamentos, visto que aqui a antecipação surge qualificada pela sua função. Assim, no processo urgente acessório, a antecipação diz-se qualitativa (ou funcional) porque ela apenas deve permitir a emissão de uma *decisão-judicial-de-urgência-antecipatória-provisória*. É neste contexto que se percebe que a técnica da antecipação qualitativa ou funcional seja condicionada, não permitindo alcançar aos *sujeitos-no-processo-acessório* senão uma realização provisória de *pretensões-jurídicas-substantivas* que se fazem valer no processo principal. Assim se compreende que a técnica da antecipação quantitativa tenha sido concretizada nos processos que incluem a categoria de urgência, tendo o legislador decidido substituir a técnica da antecipação qualitativa pela técnica da antecipação quantitativa em certas modalidades de processos urgentes cautelares previstos no Título IV, tendo-os modificado e aproximado dos processos urgentes autónomos (previstos no Título V do CPTA). Acontece assim nas modalidades dos processos urgentes cautelares previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA.

Finalmente, cumpre dizer que a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe que a gestão do modelo dos processos de urgência, isto é, dos processos simplificados e abreviados esteja a cargo de um *sujeito-jurisdicional-especial*. A realização da tutela judicial das *pretensões-de-urgência* é vulgarmente realizada por um juiz detentor de amplos poderes, um *sujeito-jurisdicional-de-urgência* que é associado a um

polícia do processo, quer do ponto de vista da gestão procedimental do processo, quer do ponto de vista dos poderes de pronúncia. Ora, a disciplina constante dos Títulos IV e V do CPTA consagra a atribuição de amplos e similares poderes ao juiz da urgência, independentemente de tal sujeito actuar no contexto dos processos cautelares ou no seio dos processos urgentes principais.

Enfim, em suma, também quanto a este aspecto, e atendendo a um critério funcional (que em certos momentos assume contornos de critério funcional-estrutural) podemos dizer que o modelo de tutela urgente previsto no Título IV do CPTA e o modelo de tutela urgente consagrado no Título V do CPTA se podem representar por dois círculos sobrepostos, sendo que ambos representam duas modalidades de uma (mesma e única) categoria de tutela de urgência. E esta, sendo representada por um círculo (b.), opõe-se à categoria ordinária (a.) (**capítulo II**).



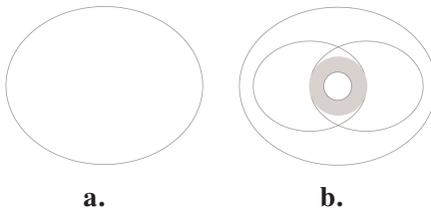
A categoria da tutela de urgência afirma-se definitivamente como autónoma a partir do perfil estrutural ⁽¹⁷⁸¹⁾ e a partir do momento em que se verifica que a técnica da sumariedade é concretizada em todos os processos urgentes autónomos e cautelares, sendo, aliás, absolutamente idêntica a concretização da sumariedade procedimental. Na verdade, previstos como processos sumários, tanto os processos urgentes autónomos como os processos urgentes cautelares têm consagrados os mesmos instrumentos de sumarização processual. Além disso,

⁽¹⁷⁸¹⁾ Se o perfil funcional nos permite perceber para que é que o direito serve, o perfil estrutural de estudo permite perceber como é que o direito se concretiza. Seguimos, pois, a perspectiva de distinção empregue por F. TOMMASEO para proceder à caracterização das providências cautelares previstas no artigo 700.º do c.p.c. (*I provvedimenti...*, cit., p. 141). Aliás, segundo o autor, para proceder ao estudo de determinada figura jurídica ou norma tanto interessa acolher um perfil como o outro. O estrutural permite saber como o direito se faz («comme il diritto sia fatto») e o funcional revela para que é que ele serve («a che cosa serva»). Apoiando-se na metodologia de ALLORIO, diz TOMMASEO que a individualização da função de um determinado instituto não é suficiente para responder aos problemas interpretativos que ele pode suscitar. É sempre necessário proceder a uma análise exegético-sistemática da norma e valorar a estrutura do instituto.

alguns deles constituem mesmo processos sumários *tout court*, sendo que tal tipo surge tanto no quadro do Título IV como no do Título V do CPTA.

Enfim, tendo em conta que até o acto urgente mais banal constitui uma excepção a um princípio e a uma regra («l'acte urgent le plus banal est susceptible de contredire un principe» ⁽¹⁷⁸²⁾) e que a urgência provoca sempre um tensão entre duas regras de direito ou dois princípios, em termos que, por causa da urgência, uma nova regra, uma segunda regra ou uma terceira, aparecem e derogam as disposições jurídicas mais sólidas e os modelos ditos ordinários ou comuns, cumpre dizer que o legislador veio consagrar na categoria de urgência as modalidades de sumariedade procedimental, tendo concretizado nos processos urgentes autónomos, previstos no Título IV, exactamente os mesmos instrumentos de realização da técnica de sumariedade procedimental que também concretiza nos processos urgentes previstos no Título V do CPTA. E, igualmente, cumpre ver que em cada um dos títulos mencionados se concretizam excepções e desvios (incluindo sérias atenuações) aos princípios e regras que regem o procedimento de instrução e produção de prova tido como ordinário. De qualquer modo, não se duvida de que o juízo sumário produzido no contexto de alguns processos urgentes cautelares só advém da impossibilidade de neles o *sujeito-jurisdiccional-de-urgência* realizar um exame de conclusão completo. De resto, a presença obrigatória da sumariedade nos processos urgentes autónomos e nos processos urgentes cautelares demonstra que esta é a principal característica da categoria da tutela de urgência do contencioso administrativo tardo-moderno.

Também quanto a este aspecto, que atende a um critério estrutural, podemos dizer que o modelo de tutela urgente previsto no Título IV do CPTA e o modelo de tutela urgente consagrado no Título V do CPTA se podem representar por dois círculos sobrepostos, sendo que, a partir da estrutura, ambos representam duas modalidades de uma (mesma e única) categoria de tutela de urgência, opondo-se assim à categoria da *plena cognitio*, que aqui é representada por outro círculo (a.) (**capítulo III**).



(1782) Neste sentido, P. JESTAZ, *L'urgence...*, cit., p. 238.

CAPÍTULO I

O MODELO DE TRAMITAÇÃO ORDINÁRIO E O MODELO DE TRAMITAÇÃO ESPECIAL: A URGÊNCIA COMO FACTOR DETERMINANTE DA FORMA E DA EXCLUSIVIDADE DO MODELO — A CLASSIFICAÇÃO A PARTIR DA FORMA

Razão de ordem: 0. Introdução. § 1. A urgência como factor determinante da forma processual de um dos modelos do contencioso administrativo. § 2. O modelo de tramitação ordinário e o modelo de tramitação urgente. § 3. A forma processual urgente como forma exclusiva e imperativa para as *situações-de-urgência*

INTRODUÇÃO

Após a reforma introduzida em 2002/2003, a lei processual administrativa passou a consagrar dois modelos de tramitação, a saber: o modelo de tramitação ordinário e o modelo de tramitação especial. O modelo de tramitação ordinário é aquele que é seguido pelos processos cujo objecto integra as *pretensões-não-urgentes*. Tais processos seguem, na verdade, como se verá, duas formas processuais gerais: a forma da Acção Administrativa Comum (AAC) e a forma da Acção Administrativa Especial (AAE). O modelo de tramitação especial é aquele que está consagrado para os processos previstos nos Títulos IV e V do CPTA. Estes são os processos cujo objecto integra *pretensões-urgentes*, sendo que algumas estão pré-definidas e identificadas *a priori* na lei e outras são *pretensões-urgentes-não-especificadas*, podendo corresponder àquelas pretensões jurídicas cuja ameaça ou prejuízo decorre da demora de um processo principal. De resto, cumpre notar que a *situação-de-urgência* em que se encontra a situação jurídica carente de tutela judicial foi mesmo o factor determinante que fez agregar no mesmo modelo de tramitação todos os processos especiais previstos na lei processual administrativa. Assim, percebe-se que, nas disposições legais que vêm dispor sobre o processo

em sentido estrito e sobre os actos a praticar em juízo e os respectivos termos e formalidades, foi o factor urgência que prevaleceu. E percebe-se também que o rito previsto e a forma processual concretizadas em cada processo de tramitação urgente surgem moldados de acordo com o princípio da celeridade e do tratamento prioritário. O rito ou a forma processual seguidos nos processos previstos nos Títulos IV e V do CPTA são exactamente iguais e distinguem-se bem do outro modelo de tramitação ordinário, cuja forma solene e demorada coincide com a *situação-jurídica-não-urgente* em que se encontra a situação jurídica que é carente de tutela (§ 1.).

A lei processual administrativa integra o modelo de tramitação especial e o modelo de tramitação ordinário. O modelo de tramitação ordinário aplica-se a processos cujo objecto integra *pretensões-não-urgentes*, sendo, pois, um modelo que é disciplinado por certos princípios e assume certas características. É um modelo que prima pela segurança, pela certeza, pela ponderação, pela solenidade e que, por tudo isto, é muito dispendioso e demorado. Em abono da verdade, se invocarmos um critério distinto de classificação, perceberemos que este modelo de tramitação ordinário até integra duas formas gerais de acção processual, que têm em comum o facto de seguirem uma tramitação não urgente. A par do modelo de tramitação ordinário existe um outro modelo de tramitação de urgência que é um modelo aberto, uma vez que integra uma estirpe de processos que são classificados e agregados pelo legislador como processos especiais, sendo que tal modelo de tramitação é seguido tanto por processos principais como por processos cautelares, isto é, por todos os que a lei processual administrativa prevê no artigo 36.º do CPTA, e por todos os que, previstos em legislação avulsa, o legislador determine a aplicação daquela mesma tramitação. Além disso, a forma de tramitação urgente é ainda a forma que deverá ser seguida nos processos que o juiz deve criar ao abrigo dos artigos 48.º, n.º 4, 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA (§ 2.).

E, com efeito, apurada a preferência por uma leitura dos modelos de tramitação que parte deste critério que concerne ao factor de urgência em que se encontra a situação que é carente de tutela judicial, fácil é perceber, agora, que o contencioso administrativo se configura, em qualquer caso, como contencioso de natureza bidimensional. Com efeito, revelando-se como modelo bidimensional e desdobrando-se sempre num contencioso que assenta em duas vias alternativas (se bem que não facultativas), conforme a situação de carência que suscita a tutela jurisdicional configure (ou não) uma situação de urgência, o actual contencioso administrativo inclui, quanto ao aspecto da forma, um serviço de urgência, através do actual é possível proceder à triagem das causas urgentes. Aliás, cumpre notar que, por razão do princípio da tipicidade legal das formas de processo, a configuração dos dois modelos de tramitação se apresenta como exclusiva, sendo que cada um deles é imperativo em função

da situação de carência em que se encontre a pretensão jurídica. De resto, esta construção bidimensional, isto é, que parte da existência de um modelo de tramitação ordinário e outro modelo de tramitação urgente, é bem visível em diversos domínios do contencioso administrativo. O contencioso contratual é apenas um desses exemplos. O contencioso dos direitos, liberdades e garantias é outro (§ 3).

§ 1. A URGÊNCIA COMO FACTOR DETERMINANTE DA FORMA ESPECIAL

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. As formas processuais e os distintos critérios de determinação da forma. 2. As várias leituras da lei processual administrativa. 3. A leitura da lei processual administrativa a partir do critério da urgência

0. Introdução

À mesma forma de processo podem corresponder acções com diferente natureza e com distinto valor, bem como a mesma forma de processo pode aplicar-se a processos distintos, isto é processos que tenham por objecto situações e interesses de diversa complexidade, e a processos diversos, que visem obter a tutela judicial para direitos substanciais de diverso género. Contudo, ainda assim, é possível configurar uma diversidade de estruturas processuais. E as diferentes formas ou tipos de processos podem até ser variamente classificadas, dependendo do critério que se utiliza para proceder à respectiva classificação⁽¹⁷⁸³⁾ (1.).

Como se apontou nas considerações anteriores, cumpre dizer que, do ponto de vista do critério da natureza da acção, *maxime*, atendendo ao facto de a situação de carência de tutela jurisdicional se encontrar numa situação de urgência, é possível vislumbrar a existência na lei processual administrativa de dois modelos de tramitação processual, a saber: o modelo de tramitação ordinário e o modelo de tramitação especial. O primeiro integra os processos declarativos e executivos ditos ordinários ou gerais e o segundo integra os processos especiais urgentes autónomos e os processos urgentes cautelares (2.).

De acordo com o princípio da tipicidade legal das formas de processo, o modelo de tramitação urgente tem prioridade em relação ao modelo de tramitação não urgente. E, assim, há de facto cinco processos especiais típicos que devem ser prioritariamente accionados quando a situação de carência de

(1783) A este propósito, vd. MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares...*, cit., p. 53.

tutela jurisdicional se identifique com qualquer uma das tipificadas no Título IV ou quando a situação de carência corresponda à *situação-de-urgênci-atípica*, vulgarmente associada ao *periculum in mora* (3.).

1. As formas processuais e os distintos critérios de determinação da forma

O esquema dos requisitos e formalidades a observar na propositura e desenvolvimento da acção não é, de modo nenhum, sempre o mesmo para todos os casos. Bem pelo contrário, afirma MANUEL DE ANDRADE: «principalmente quanto às formalidades aplicáveis, ele assume configurações bastante diversas, de acordo com uns tantos factores — *maxime* a natureza da acção (a índole da providência solicitada, variável com a diversidade das situações de carência em que pode encontrar-se o respectivo direito substancial), ou o seu valor (montante ou transcendência dos interesses em jogo), e a natureza da relação material *in iudicium deducta*». Enfim, em contas simples, pode afirmar-se que em todos os sistemas processuais «há, portanto, uma pluralidade de formas ou tipos processuais» — uma pluralidade que, como ensina o professor, não acompanha toda a gama das possíveis variações dos elementos apontados (1784).

Na verdade, há sistemas processuais que não oferecem grande variação de forma. Basta pensarmos no tradicional contencioso administrativo para percebermos o quanto a lei processual administrativa pode ser deficitária nesta particularidade, uma vez que tradicionalmente o contencioso administrativo de matriz francesa se revela como um modelo cassatório e revisor de actos administrativos. Mas, felizmente, os modelos de tramitação caracterizam-se, cada vez mais, pela diversidade e atendem também, cada vez mais, a uma maior variedade dos factores, até por aproximação ao modelo de matriz germânica e por força do tipo de conflitos que emergem das relações jurídico-administrativas típicas do contencioso tardo-moderno. Há, de facto, domínios do contencioso que tendem a autonomizar-se e a ganhar particularidades. E, na verdade, há uma infinidade de combinações possíveis a realizar, tendo em conta as particularidades a atender e a forma processual. Contudo, também quanto a este aspecto se diz que não é desejável que haja um excesso de formas especiais, sob pena de a sistematização e a aplicação da lei poderem padecer de falta de uniformidade.

Recapitulando, o conjunto ordenado de actos que os sujeitos do processo devem praticar, bem como as formalidades de cada um deles na proposição da

(1784) A este propósito, vd. MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares...*, cit., p. 53.

acção, não obedece a um modelo único. Pelo contrário, como ensinam ANTUNES VARELA *et al.*, são, por regra, numerosos os esquemas processuais fixados na lei para a formulação e apreciação das pretensões que podem ser deduzidas pelas partes — se bem que não são tantos quantos os desejáveis (1785). De acordo com o princípio da tipicidade legal das formas de processo, a lei deve estabelecer os modelos de tramitação pelas quais devem passar os diferentes processos, tendo em conta a diversidade de critérios a atender. Com efeito, a variedade das formas de processo — ou conjunto ordenado de actos a praticar, bem como das formalidades a cumprir, tanto na proposição da acção, como especialmente no desenvolvimento da acção — depende de vários factores, sendo que, por regra, o legislador acolhe com prioridade os seguintes: o tipo de providência requerida, o valor dos interesses em jogo e a natureza da relação material a tutelar.

Considerada a pluralidade de formas processuais, cumpre notar que é também possível configurar uma pluralidade de leituras quanto ao tipo e quanto à quantidade de formas de processo consagradas numa determinada lei processual. Na realidade, as leituras variam em função dos critérios escolhidos para o efeito, sendo que quanto mais variedade existir nos critérios de escolha mais variedade há nas leituras (quanto à forma) da lei processual (1786). E o mesmo acontece em relação às formas processuais previstas na lei processual administrativa. Por exemplo, AROSO DE ALMEIDA considera fundamental estabelecer a distinção, por um lado, entre os processos declarativos e os executivos, e, por outro, entre os processos principais e os cautelares, sendo que, no que respeita aos processos principais, o autor entende que o modelo assenta na previsão de duas formas de processo que qualifica como «não-urgentes» e de quatro formas de processo que o próprio Código qualifica como urgentes (1787). Ao mesmo tempo, considera que o CPTA estrutura os processos «não-urgentes» em torno de um modelo dualista, assente na contraposição

(1785) A este propósito, vd. ANTUNES VARELA *et al.*, *Manual de processo civil...*, cit., p. 67.

(1786) Sobre este (novo) regime global do contencioso administrativo, vd., designadamente, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 191 ss.; J. CAUPERS, *Introdução...*, cit., pp. 271 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit.; M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de processo...*, cit.; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao código de processo nos tribunais administrativos*, Coimbra, 2005; VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo...*, cit.; SÉRVULO CORREIA, *Direito do contencioso administrativo...*, cit., esp. pp. 714 a 717; WLADIMIR BRITO, *Lições de direito processual administrativo*, Coimbra, 2005, esp. pp. 159 ss.; L. F. COLAÇO ANTUNES, *A teoria do acto e a justiça administrativa...*, cit., pp. 151 ss.

(1787) Para o efeito do estudo das formas de processo e sobre a distinção fundamental que separa, por um lado, os processos declarativos dos processos executivos e, por outro lado, os processos principais dos cautelares, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 76 ss.

entre duas formas de processo a que o legislador deu o nome de acção administrativa comum e acção administrativa especial, sendo que, com referência ao valor das causas, a acção administrativa comum segue os termos da forma ordinária, sumária ou sumaríssima.

E, por exemplo, M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA consideram que o CPTA prevê uma multiplicidade de formas processuais (1788). Assim, tendo em conta que a «forma dos processos corresponde à tramitação que devem seguir, à sequência lógica e cronologicamente ordenada de actos e formalidades (das partes, do juiz, da secretaria e de outros eventuais intervenientes processuais (...)) que a lei manda serem observados na sua instauração, desenvolvimento e conclusão conforme o respectivo valor e objecto (pedido)», para estes autores, o contencioso administrativo integra «variadíssimas formas processuais, desde a acção administrativa comum e a acção administrativa especial aos processos urgentes principais (contencioso eleitoral, contencioso pré-contratual, intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões e intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias), passando, depois, pelos processos cautelares e terminando nos processos executivos. Assim, «sem esquecer os processos regulados em leis avulsas — como por exemplo, os respeitantes à perda de mandato ou à intimação judicial para a prática de acto (urbanístico) devido — a que correspondem outras tantas formas processuais», os autores consideram, em síntese, que no contencioso administrativo existem tantas formas processuais quantos são os tipos diferentes de processos, já que «todos eles têm uma tramitação processual própria, diferente e autónoma» (1789).

São, pois, diversas as leituras quanto à natureza e quantidade de formas processuais previstas na lei processual administrativa, sendo certo que normalmente se procede a uma leitura que atende à matriz dualista do contencioso administrativo (1790), ou, então, quando assim não é, dando-se relevância à variedade das formas processuais, ainda assim, procede-se a uma leitura não sistematizada das mesmas (1791).

(1788) Neste sentido, M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de processo...*, cit., p. 256.

(1789) Neste sentido, M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de processo...*, cit., p. 256.

(1790) A este propósito, cumpre ver SÉRVULO CORREIA, «Unidade ou pluralidade de meios processuais principais no contencioso administrativo», in: *O Debate Universitário...*, cit., pp. 513 ss., tb. publ. CJA, 22, pp. 23 ss.; IDEM, *Direito do contencioso administrativo...*, cit., esp. pp. 691 ss.; VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo...*, cit., pp. 221 ss.

(1791) Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 168 ss.

2. As várias leituras da lei processual administrativa

Contudo, como apontámos, o direito ao processo efectivo e temporalmente justo foi sendo concretizado nas leis processuais administrativas nacionais. E neste contexto, cumpre, pois, notar que o factor urgência foi sendo introduzido nas formas processuais com as reformas introduzidas recentemente nas leis do processo administrativo, em Espanha (1998), em França (1995 e 2000), em Itália (2000) e em Portugal (2002/2003). E vimos que o dinamismo interpretativo do direito ao processo efectivo e temporalmente justo desencadeado pela *Cour* de Estrasburgo e pela *Cour* do Luxemburgo e a sua *constitucionalização* nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais (incluindo, por actuação dos respectivos Tribunais Constitucionais) esteve na origem, a par de outros factores de ordem doméstica, dos movimentos mais recentes de reforma dos modelos de tutela urgente. Ora, cumpre, pois, verificar que a urgência se transformou tanto em factor determinante das formas processuais de tramitação como em elemento determinante de sistematização. Com efeito, a urgência é tanto um factor privilegiado de conformação dos modelos de tramitação previstos na lei processual administrativa como é o factor escolhido pela ciência do direito processual para proceder à classificação das formas processuais.

Neste contexto, cumpre dizer que também escolhemos a urgência como critério classificativo das formas processuais. E tanto é assim quanto mais consideramos que os outros critérios falham. E falham sobretudo quando se pretende invocar um só critério (esse mesmo critério) para proceder à leitura de todo o contencioso administrativo, uma vez que normalmente falta o carácter da abrangência do critério escolhido. Temos para nós que o pensamento de ANTUNES VARELA *et al.* nos inspira a proceder a uma diferente leitura das formas processuais previstas na lei processual administrativa (2.1.). Assim, não obstante a multiplicidade de tipos de processos que o CPTA veio integrar, é possível agrupá-los, tendo em conta os diversos critérios normalmente invocados e que são determinantes na previsão dos modelos de tramitação previstos na lei processual. E é possível agrupá-los segundo um critério que em nosso entender é determinante. Somos da opinião que uma leitura adequada dos modelos de tramitação só se compadece com a consideração do factor de urgência. Na verdade, oferecendo abrangência, este é para nós o critério que permite identificar e distinguir as formas processuais e é aquela que melhor se adequa aos interesses práticos da administração da justiça e à consideração do direito ao processo efectivo e temporalmente justo (2.2.).

2.1. A lógica tradicional de compreender os modelos de tramitação não se adequa à actual configuração das formas processuais consagradas na lei

processual administrativa. Vejamos em que termos a leitura tradicional falha. E assim, seguindo exactamente aquela lógica, percebemos como, no contencioso administrativo, a consideração do factor referente ao tipo de providência requerida dá origem à dicotomia processos declaratórios/processos de execução, sendo, assim, muito fácil, traçar as diferenças de forma processual entre a acção administrativa especial para impugnação de actos administrativos ilegais e, por exemplo, a acção administrativa de execução de sentenças de anulação de actos administrativos. Contudo, este mesmo critério já não realça as particularidades dos processos urgentes, mormente dos processos cautelares, nem do processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, uma vez que nestes processos a distinção entre o momento declaratório e o executivo não é assim tão fácil de traçar.

E percebemos também como o acolhimento do factor relativo ao valor dos interesses em jogo deu origem à previsão de uma tramitação mais ou menos solene para a acção administrativa comum. Com efeito, tendo em conta o Título II do CPTA, a acção administrativa comum, segue o regime do processo de declaração do Código de Processo Civil, nas suas formas ordinária, sumária ou sumaríssima, conforme o valor atribuído à causa (artigo 31.º, n.º 2, alínea *a*), e artigo 43.º, n.os 1, 2 e 3, do CPTA) ⁽¹⁷⁹²⁾. Contudo, proceder à leitura de todas as formas de processo a partir deste critério não é adequado, uma vez que este critério é restrito. Aplicando-se a um sector do contencioso administrativo, ele permite apenas distinguir as formas de tramitação processual da AAC, revelando apenas a forma ordinária, a forma sumária e a forma sumaríssima. E estas são apenas, no fundo, formas especiais da AAC, tendo em conta o valor da causa, não merecendo grande destaque enquanto modelos de tramitação, uma vez que não serve para distinguir os outros modelos de tramitação especial.

Em terceiro lugar, também o factor que respeita à natureza da relação material que serve de base à pretensão é tido em conta no contencioso administrativo, de tal modo que é possível distinguir a acção administrativa especial na modalidade de condenação da Administração à prática de acto devido de uma outra, por exemplo da acção administrativa comum sobre interpretação, validade ou execução de contratos. Ou, por outras palavras, é possível, pois, apontar que também a natureza da relação material que serve de base à

⁽¹⁷⁹²⁾ Com efeito, nos termos do artigo 43.º do CPTA, o processo segue a forma ordinária ou sumária conforme o valor da causa exceda ou não o da alçada do TCA. E segue a forma sumaríssima quando o valor da causa não excede o da alçada do TAC e quando a acção se destina a fazer cumprir obrigações pecuniárias, indemnizações por danos ou a entrega de coisas móveis.

pretensão é tida como factor determinante do modelo de tramitação. Contudo, também este critério se revela pouco abrangente no momento de caracterizar quanto à forma o contencioso administrativo, uma vez que não há tantas formas processuais quantas as relações materiais invocáveis e há idênticas relações materiais que seguem formas de tramitação distintas. Basta verificar o que hoje acontece por força do artigo 5.º, n.º 1, existindo cumulação de pedidos. É certo que este critério se revela muito preciso e útil para este efeito, uma vez que, de certo modo, aponta logo para as razões que levaram o legislador a distinguir a AAC da AAE. Na verdade, este parece ter sido o critério acolhido na lei processual administrativa, nos artigos 37.º, e 46.º E assim, tendo em conta os tipos de pretensões que emergem ou não da prática ou omissão ilegal de actos ou de normas, assim o processo segue a forma da acção administrativa especial ou a forma de acção administrativa comum, sendo que a tramitação é distinta nas duas modalidades de acção administrativa. O regime jurídico daquela primeira está fundamentalmente previsto no capítulo III do Título III do CPTA, sendo que as regras do CPC se aplicam apenas supletivamente. Já esta está exclusivamente disciplinada na lei processual civil. Contudo, mais uma vez se diz que este critério cede à medida que a determinação da forma processual surge determinada por razão de outros valores, designadamente o da economia processual. Esta conclusão resulta, desde logo, da leitura dos artigos 4.º e 5.º, n.º 1, da lei processual administrativa. Enfim, contas feitas, nós preferimos destacar um outro factor determinativo dos modelos de tramitação dos processos. E esse factor determinante das formas de processo é aquele que atende à *situação-de-urgência* em que se pode encontrar (ou não) a situação de carência que reclama uma protecção judicial.

2.2. Há, efectivamente, uma particular situação de carência de tutela judicial que se revela como elemento sempre presente (qual denominador comum) da tramitação processual de certos processos especiais, sendo que a lei processual administrativa elege tal tipo de situação como determinante da forma processual especial adoptada no CPTA. E essa situação de carência especial que é tida legalmente como factor determinante do modelo de tramitação especial é a *situação-de-urgência*. Um pouco à semelhança das normas que regem o sistema de triagem nos serviços hospitalares, julgamos que este é, na verdade, o elemento determinante a ter em conta no tratamento dos casos que chegam aos serviços dos tribunais. Falamos, por exemplo do sistema de Manchester ⁽¹⁷⁹³⁾

⁽¹⁷⁹³⁾ Sobre o tema, vd. K. MACKAWAY-JONES, «Emergency Triage», BMJP, 1997; P. G. ZIMMERMANN, «The case for a universal, valid, reliable 5 tier triage acuity scale for US emergency departments», JEN (June), 2001.

— um sistema de triagem de casos de urgência, cuja concretização pressupõe um procedimento tendencialmente objectivo que se inicia com a queixa inicial e com a aplicação de um fluxograma de decisão que contém questões sistematizadas, tendo em conta as situações previsíveis, sendo que de acordo com a identificação do discriminador relevante e através das perguntas do algoritmo que tem resposta positiva, é fácil determinar a prioridade clínica em causa, fazendo aplicar a respectiva cor de identificação.

Enfim, em termos de analogia, se de acordo com aquele sistema, se deve dar tratamento prioritário ao paciente da situação correspondente ao n.º 1, à designação emergente, à cor vermelha e a 0 minutos de espera, fazendo-o entrar na sala de emergência, uma vez que só desse modo se pode salvar a vida e fazer reverter o estado de lesão, também no contencioso administrativo se dá tratamento prioritário às *situações-especialmente-urgentes*, isto é, às situações de lesão iminente e irreversível, com o objectivo de evitar a situação de facto consumado ou a situação em que é impossível proceder à reversão da lesão. E, do mesmo modo, se à luz do mesmo sistema de triagem, por aplicação de algoritmos é possível no sistema de urgência hospitalar diagnosticar com objectividade e classificar por categorias as diferentes situações, fazendo corresponder a cada um deles um número, uma designação e uma cor, conforme a capacidade que a mesma situação apresenta para suportar uma espera para atendimento e o grau de gravidade a tratar, também o serviço judicial mantém, assim, modelos de tramitação pré-definidos, mais ou menos céleres, conforme a capacidade da situação de carência de tutela judicial para aguardar o atendimento judicial, em termos que se atende à natureza reversível ou irreversível dos direitos e interesses, à capacidade que os mesmos revelam para suportar um diferimento de realização judicial e à gravidade da ameaçada de lesão. Assim, por exemplo, fazendo corresponder ao n.º 1, à designação emergente, à cor vermelha e a 0 minutos de espera, as situações de ameaça de lesão iminente e irreversível de direitos, liberdades e garantias, a lei processual administrativa consagra uma acção processual cuja forma processual é a da emergência, devendo tramitar com prioridade sobre todos os demais, o mesmo acontecendo sempre que a petição permita ao juiz reconhecer uma outra situação de especial urgência.

E, assim também, de acordo com a mesma lógica, por exemplo, fazendo corresponder ao n.º 3, à designação urgente, à cor amarela e a 60 minutos de espera, a lei processual administrativa consagra para outras *situações-de-urgência* uma forma processual compatível com a situação apresentada no contexto do contencioso eleitoral, uma vez que a lei processual administrativa determina que a situação se compadece com o tempo de espera maior, em termos que, comparado com aquele primeiro processo ou com o existente nos processos cautelares, é possível fazer aguardar algum tempo para atendimento

àquela situação, até que seja possível proporcionar-lhe uma composição definitiva, uma vez que os direitos em causa *não correm risco de vida*, sendo que, ainda assim, tal processo deve ter prioridade sobre os demais, uma vez que se exige um tempo mais curto para fazer reverter o estado de lesão. O mesmo podendo dizer-se a propósito do contencioso pré-contratual, do contencioso das intimações urbanísticas e do contencioso da declaração de perda dos mandatos dos autarcas. Finalmente, ainda invocando a mesma comparação, as intimações para consulta de documentos, prestação de informações e passagem de certidões podem em alguns casos corresponder ao n.º 4, à designação pouco urgente, à cor verde e 120 minutos de tolerância para atendimento, sendo que, atendendo ao caso concreto, até é possível confirmar que tal situação não revela urgência. Na verdade, em muitas situações referentes à intimação para prestação de informação pode fazer-se corresponder o n.º 5, a designação não urgente, a cor azul e a 240 minutos de espera. Aliás, tal como no sistema de triagem de Manchester há um mecanismo que permite corrigir as situações de erro de diagnóstico, também no processo administrativo há situações que poderão exigir revisão da classificação de urgência atribuída. Estamos a pensar designadamente no contencioso pré-contratual, quando na pendência do processo se verifica a celebração do contrato ou a formação de uma situação que impossibilita a satisfação da pretensão do *sujeito-no-processo*, devendo proceder-se à desaceleração do processo.

Enfim, se de acordo com o sistema de triagem de Manchester é possível realizar dois ou mais valores em simultâneo, designadamente de boa gestão de recursos e de meios nos serviços hospitalares, o de pacificação dos pacientes, que na sala de espera vão aguardando com ordem, sabendo que o seu estado não inspira um tratamento emergente e que o tempo que terão de aguardar é objectivamente compatível com a gravidade da situação que apresentam, e o do tratamento adequado de cada situação, em termos que o sistema prima pelo princípio segundo o qual há uma redução ao máximo das hipóteses em que é impossível reverter o estado de lesão, designadamente de hipóteses em que pode acontecer a perda de uma vida, também as formas processuais de tramitação pré-estabelecidas e pré-configuradas na lei processual administrativa permitem que os serviços actuem de forma mais ou menos célere em função da intensidade da urgência da situação que é carente de tutela judicial e permitem reduzir ao máximo as possibilidades em que a tutela jurisdicional deixa de ser efectiva por se ter formado uma situação em que é impossível reverter o estado de lesão por se ter formado uma situação de facto consumado.

Temos para nós que esta leitura dos modelos de tramitação previstos na lei processual administrativa pode simplificar o estudo dos diferentes tipos de tutela. Mas mais, consideramos que este critério poderá desembocar numa melhor aplicação da lei administrativa (quer substantiva, quer processual) aos

casos concretos — traduzindo assim uma tentativa de uma melhor aplicação do direito material e processual administrativo, tanto nacional como comunitário. E assim é, porque a leitura da lei e a sua aplicação à realidade, é, desde logo, conforme com a leitura das necessidades da vida real e com as orientações europeias, tanto as que decorrem do TJ como as que decorrem do TEDH. Em especial, o tribunal de Estrasburgo já afirmou, e fê-lo principalmente a propósito dos processos franceses que versaram sobre as indemnizações às vítimas por dano decorrente de transfusões de sangue contaminado, que o direito à emissão de decisão judicial em prazo razoável, constante do artigo 6.º, § 1, do CEDH, impõe que a tramitação do processo e a sua duração deva ser prevista em função da urgência da situação e da complexidade do caso ⁽¹⁷⁹⁴⁾. É importante reforçar a originalidade da autonomia do modelo de tramitação urgente a que o legislador deu particular atenção, uma vez que se deve tomar em conta as orientações europeias em torno do princípio da tutela jurisdicional efectiva. Assim, tendo em conta a jurisprudência do TEDH e o entendimento que este tribunal tem do direito à emissão de sentença em prazo razoável, no sentido de que este se desdobra na garantia a um processo que atenda às particularidades da matéria sobre que versa e à importância que a prolação de decisão em tempo breve pode ter para os particulares, a leitura dos modelos de tramitação pode, pois, configurar-se como a apresentámos. E como se sabe também o direito fundamental de acesso ao Direito e aos tribunais de que os administrados são titulares, bem como especificamente o seu direito à tutela judicial efectiva, ambos integram esta dimensão de garantia à tutela judicial, em termos que a duração deve ser proporcionalmente adequada à urgência da pretensão e à simplicidade da causa. E, portanto, a previsão de um modelo próprio e autónomo de tramitação urgente vai ao encontro destes princípios fundamentais do direito administrativo europeu e deste direito fundamental consagrado nos artigos 20.º e 268.º da Lei Fundamental.

Com efeito, a leitura do actual sistema da justiça administrativa como sendo um sistema de dupla dimensão que inclui um modelo de tramitação ordinário e um modelo de tramitação especial por razões de urgência configura uma tentativa de proceder a uma aplicação do direito processual mais conforme com o princípio da tutela jurisdicional efectiva e em prazo razoável, bem como se traduz num tipo de resposta para a maior procura de obtenção da realização do direito material administrativo — tanto mais quanto se conhece as particularidades da ordem judiciária administrativa e as dificuldades pelas quais passam os serviços judiciários. A ideia será remeter para o modelo de

⁽¹⁷⁹⁴⁾ A este propósito, vd. o nosso texto «Do novo contencioso administrativo...», cit., pp. 339 ss.

tramitação de urgência aquilo e apenas aquilo que é verdadeiramente de natureza urgente e dentro deste modelo fazer chegar à tramitação mais urgente, aquilo que é verdadeiramente mais urgente, um pouco à semelhança da lógica de triagem já apresentada. É certo que este entendimento necessita de ser completado por uma outra ideia que assenta na harmonização dos princípios da celeridade e da adequação da forma processual aos princípios do processo efectivo e temporalmente justo, em termos que seja possível ao juiz da urgência gerir o procedimento de triagem, exercendo, no âmbito do modelo de urgência, oficiosamente, e com flexibilidade, poderes de adequação da forma processual.

3. A leitura da lei processual administrativa a partir do critério da urgência

Em contas muito simples, há assim o modelo de tramitação ordinário, modelo que não é urgente, um modelo que é disciplinado por certos princípios e assume certas características e é seguido por processos que realizam certo rol de *pretensões-não-urgentes*: um modelo que prima pelo cuidado, pela ponderação, pela solenidade e que é muito dispendioso e demorado. E, em abono da verdade, não pondo de parte outros critérios de classificação já invocados, percebemos que este modelo de tramitação ordinário até integra duas formas gerais de acção processual, que têm em comum o facto de seguirem uma tramitação não urgente. O outro modelo de tramitação não prima pela realização dos mesmos valores. Aqui vinga a urgência na obtenção de uma decisão judicial que verse sobre a *pretensão-urgente*.

E, assim, no contexto dos processos declarativos, cumpre notar que o modelo da AAE corresponde a uma tramitação geral não urgente que se aplica a certos processos que têm por objecto um conjunto determinado de pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de actos ou normas administrativas. E o modelo da AAC, também geral e *não-urgente*, corresponde à tramitação comum que se aplica a todos os processos que tenham por objecto o restante grupo de pretensões cuja tutela não imponha um processo de tramitação especial. Na verdade, este último modelo de tramitação geral desdobra-se em três formas de tramitação, sendo que a variação decorre do valor da causa. Assim, o modelo de tramitação ordinária, mais solene, mais demorada, mais cuidadosa e mais cara, é a regra, podendo, de igual modo, desdobrar-se, por razão do valor da causa, na forma sumária e sumaríssima (artigo 43.º do CPTA) e, no que se refere a esta última forma, ela decorre do valor da causa e da natureza simples de três tipos de causas. Neste contexto, cumpre notar que, como as classificações de processo sumário e sumaríssimo são, na realidade, variações de um dos modelos de tramitação geral não urgente, isso

significa que, em bom rigor, e como é a lei que lhe atribui esta qualificação, elas traduzem formas especiais por critério de valor da causa, sendo que o seu alcance tem um domínio particularmente generalizado quando comparada com os processos especiais que integram o modelo de tramitação urgente.

O modelo de tramitação da acção administrativa especial é, na verdade, não só a forma geral de acção *não-urgente*, a que devem corresponder os processos que têm por objecto as pretensões determinadas na lei, como é também, na verdade, a acção mais frequente do contencioso administrativo, uma vez que tem por objecto o maior número de pretensões a realizar no contencioso administrativo. E assim é por força dos preceitos que permitem a cumulação de pretensões (artigos 4.º e 47.º) e *ex vi* do artigo 5.º, n.º 1, do CPTA, já que o modelo de tramitação previsto no capítulo III do Título III do CPTA é aquele que deve seguir o processo cujo objecto integre as típicas *pretensões-não-urgentes* legalmente previstas nos artigos 46.º, n.º 1, e 46.º, n.º 2, em cumulação com outras pretensões naquele preceito não previstas, sendo que, por aplicação daquele artigo, o modelo de tramitação previsto para a AAE é aquele que predomina, não obstante à observância da forma da AAE o facto de tais pretensões cumuladas deverem (em abstracto, se deduzidas isoladamente) seguir uma outra forma processual ⁽¹⁷⁹⁵⁾.

Como se apontou nas considerações anteriores, nós preferimos proceder a uma leitura das formas processuais previstas no CPTA tendo por base um critério que faz sobressair os processos que seguem a forma urgente perante os demais processos que não seguem a forma urgente, sendo certo, contudo, que reconhecemos que a diversidade das formas processuais pode acompanhar, obviamente, outra ordem de factores. E, assim também, sendo certo que é possível fazer leituras distintas, tendo em conta a variedade de critérios atendíveis para o efeito, confessamos que esta leitura da lei processual administrativa encontra acolhimento na própria letra da lei. De facto, a própria lei processual administrativa consagra esta lógica da divisão do contencioso administrativo entre o modelo urgente e o modelo não urgente. Por certo, não é por mero acaso que o legislador se serviu de dois artigos para proceder à classificação das formas processuais, remetendo para o artigo 35.º e para o artigo 36.º tal classificação e dedicando a cada um dos respectivos modelos de tramitação um daqueles preceitos. O primeiro indica quais são os processos que, em função das respectivas *pretensões-não-urgentes*, devem seguir o modelo de tramita-

⁽¹⁷⁹⁵⁾ Sobre este assunto, vd. SÉRVULO CORREIA, «Unidade ou pluralidade...», cit., pp. 513 ss. Para algumas críticas, vd. VASCO PEREIRA DA SILVA, «Todo o contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição», CJA, 44, 2003, pp. 26 ss.; IDEM, *O Contencioso administrativo...*, cit., pp. 221 ss.

ção ordinária, apresentando duas formas-gerais de tramitação, a de AAC e a de AAE. E o artigo 36.º enumera de forma exemplificativa quais são os processos cujas pretensões urgentes seguem o modelo de tramitação urgente. E, nestes termos, dispõe que, sem prejuízo dos demais casos previstos na lei, seguem o modelo de tramitação urgente os processos enumerados nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 36.º do CPTA. E assim, não seguindo a forma processual prevista no Código de Processo Civil, nem seguindo exclusivamente a forma de processo previstas no capítulo III do Título III, os processos especiais previstos nos Títulos IV e V seguem o modelo de tramitação próprio, a forma urgente. Assim, em qualquer destes casos, estes processos regem-se prioritariamente pelas disposições específicas que a lei processual administrativa integra em cada um dos Títulos IV e V do CPTA, regem-se subsidiariamente pelas mesmas disposições aplicáveis aos processos não urgentes, constantes da lei processual administrativa, mormente do capítulo III do Título III, e, *ex vi* do artigo 1.º do CPTA, regem-se finalmente por disposições constantes da lei processual civil, com as adaptações adequadas.

Daqui decorre, pois, a confirmação de que a urgência foi um factor determinante dos modelos de tramitação ou da forma de processo, em termos que é agora possível proceder a esta leitura da lei processual administrativa. E, assim, a par do modelo ordinário, que se desdobra em duas *formas-processuais-gerais*, uma vez que se rege fundamentalmente pelas formas traçadas no regime do processo civil, nas modalidades ordinária, sumária e sumaríssima, e outra que é disciplinada pelas disposições constantes do Título III, existe, de facto, um modelo de tramitação urgente. Aliás, não se pode ignorar, antes pelo contrário cumpre reforçar, a originalidade presente no CPTA, no momento em que este parte da urgência como factor determinativo da forma especial de certos processos e os agrega ou no Título IV ou no Título V, sujeitando-os a todos ao mesmo modelo de tramitação. E a originalidade é tão mais significativa quanto mais temos em conta que normalmente, como denunciam ANTUNES VARELA *et al.*, «a diversidade das formas processuais não acompanha obviamente, a extrema variabilidade destes factores» (1796). E este facto é tão mais digno de realce quanto mais conhecemos a dificuldade de sistematização que atinge outros modelos europeus de justiça administrativa. De facto, em outros ordenamentos jurídicos, a multiplicação de processos especiais urgentes e a falta de sistematização existente tem mesmo desembocado na diminuição das garantias dos particulares — logrando-se, desse modo, um dos objectivos normalmente pretendidos pelo legislador com a previsão de processos urgentes, que é a simplificação, a abreviação e a celeridade. A lei processual administrativa

(1796) ANTUNES VARELA *et al.*, *Manual de processo civil...*, cit., p. 67.

francesa constitui um destes exemplos, uma vez que, não obstante consagrar desde muito cedo uma diversidade de processos especiais, foi sempre padecendo de sistematização, de que tem resultado a perda de efectividade e plenitude da tutela jurisdicional dos particulares. Não admira, pois, que um dos objectivos propostos para a introdução da reforma de 2000 se tenha traduzido na sistematização dos diversos processos e não apenas na simplificação e na potenciação de algumas das *procédures de référé* ⁽¹⁷⁹⁷⁾. De qualquer modo, tais processos estão reunidos no Livro V do CodeJA, onde se continua a consagrar um conjunto de processos rápidos, que decidem o fundo da causa, e processos provisórios de *référé* de urgência comuns juntamente com outros especiais ⁽¹⁷⁹⁸⁾, incluindo os *mil e um* regimes especiais de suspensão da eficácia de actos específicos, tendo em conta o autor do acto ou a matéria sobre que versa ⁽¹⁷⁹⁹⁾.

De modo diferente, a sistematização foi efectivamente alcançada entre nós, após a revisão de 2002/2003, tendo tal sistematização dos processos especiais sido alcançada em torno da forma processual urgente, podendo apenas entender-se que o legislador poderia ter atribuído o mesmo título a estes processos. E, em contas precisas, cumpre reconhecer que todos os processos verdadeiramente especiais previstos no CPTA são processos que seguem o mesmo (e único) modelo de tramitação urgente. E a tramitação dos processos urgentes (ou processos cor-de-rosa, com carimbo urgente), obedece ao seguinte rol de aspectos, sendo certo que uns decorrem da lei processual civil e outros decorrem da lei processual administrativa. Para já, e numa primeira leitura do artigo 36.º em conjugação com outros preceitos do CPTA, verificamos que da tramitação urgente se destacam os seguintes caracteres: os processos urgentes correm em férias; os actos de secretaria são praticados no próprio dia ou no dia útil subsequente, com precedência sobre quaisquer outros (artigo 36.º, n.º 2); os prazos para a prática dos actos processuais são muitas vezes substancialmente encurtados por disposição *ad hoc* (artigos 99.º, n.º 3, 102.º, n.º 3, e 107.º do CPTA); os processos urgentes correm como tais, tanto em primeira instância como em fase de recurso jurisdicional; nos processos urgentes, cujo julgamento esteja entregue a tribunal colectivo, não há vistos prévios dos juízes adjuntos, mesmo em fase de recurso jurisdicional; os recursos de decisões proferidas em processos urgentes são interpostos no prazo de 15 dias e sobem imediatamente ou no processo principal (ou no apenso a que respeite) se o processo estiver findo no tribunal recorrido, ou

⁽¹⁷⁹⁷⁾ Neste sentido, vd. C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 487 ss.; R. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, cit., pp. 1232 ss.

⁽¹⁷⁹⁸⁾ A este propósito, vd. a nossa *Introdução...*, cit., pp. 240 ss.

⁽¹⁷⁹⁹⁾ Neste sentido, D. LABETOULLE, «La genèse de la loi du 30 juin 2000...», cit., p. 16.

em separado, no caso contrário (artigo 147.º). E durante o recurso os prazos são reduzidos a metade e o julgamento pelo tribunal superior tem prioridade sobre os demais processos (147.º).

E, tendo em conta as regras do CPC que versam sobre a tramitação dos processos urgentes, podemos destacar alguns aspectos caracterizadores. Assim, nos termos do artigo 143.º, n.º 2, há actos processuais que devem praticar-se em dias em que os tribunais estão encerrados ou durante o período de férias, tais como as citações, notificações e os actos que se destinem a evitar dano irreparável. Quanto à contagem dos prazos para a prática de actos processuais, o artigo 144.º determina a regra de que os actos a praticar em processos que a lei considera urgentes são contínuos, não se suspendendo durante as férias judiciais. No que respeita ao prazo para os actos dos magistrados, enquanto que na falta de disposição especial, os despachos judiciais e as promoções do Ministério Público são proferidos no prazo de 10 dias, os despachos ou promoções considerados urgentes devem ser proferidos no prazo máximo de dois dias (artigo 160.º do CPC). Por sua vez, no que diz respeito aos actos de secretaria, e, especialmente aos prazos para o expediente, nos casos de urgência, a secretaria deve fazer os processos conclusos, continuá-los com vista ou facultá-los para exame, passar os mandados e praticar os outros actos de expediente, num prazo inferior a cinco dias. Não dependem de distribuição, os procedimentos cautelares e quaisquer diligências urgentes feitas antes de começar a causa ou antes da citação do réu (artigo 212.º do CPC).

§ 2. O MODELO DE TRAMITAÇÃO ORDINÁRIO E O MODELO DE TRAMITAÇÃO URGENTE

Razão de ordem: 0. Introdução. **1.** As *formas-gerais* de tramitação não urgente e as *pretensões-não-urgentes*. **2.** As *formas-especiais* de tramitação urgente e as *pretensões-urgentes*. **3.** Uma mesma tramitação urgente para as *pretensões-urgentes-típicas* e para as *pretensões-urgentes-atípicas*

0. Introdução

Como se indicou nas considerações anteriores, é possível ler na lei processual administrativa a existência de dois modelos de tramitação processual, sendo que a sua incidência decorre do objecto do processo em causa e depende do facto de a situação que é carente de tutela judicial em cada processo se encontrar ou não numa *situação-de-urgência*. Com efeito, o modelo de tramitação ordinário, que é seguido por processos cujo objecto integra *pretensões-não-urgentes*, desdobra-se, na verdade, em dois principais modos de tramitação, conforme o tipo de *pretensões-não-urgentes* invocadas em juízo seja ou não

relativa à prática ou omissão de actos ou de normas administrativas. Assim, o modelo de tramitação ordinário desdobra-se em duas *formas-gerais*, a saber, uma que está contemplada para a acção administrativa comum, nos artigos 513.º e ss. da lei processual civil, e uma outra, que está prevista para a acção administrativa especial, nas disposições constantes do capítulo III do Título III do CPTA e artigos 513.º e ss. do CPC (1.).

A par do modelo de tramitação ordinário, a lei processual administrativa contém uma disciplina tendencialmente uniforme a aplicar tanto aos processos que têm como objecto *pretensões-urgentes-típicas* como aos processos que têm como objecto *pretensões-urgentes-atípicas*. De facto, *ex vi* do artigo 36.º, n.º 1, do CPTA, o modelo de tramitação urgente é seguido tanto pelos processos urgentes previstos no Título IV como pelos processos previstos no Título V do CPTA (2.). Contudo, como o âmbito de incidência deste modelo não está legalmente fechado, isso significa que o modelo de tramitação urgente é um modelo aberto, aplicando-se a outros processos especiais previstos como tais em legislação avulsa. Além disso, o modelo de tramitação urgente aplica-se também a outros processos urgentes que o juiz entenda criar, num caso concreto, nos termos da lei. Assim, seguem a tramitação especial urgente, os processos que o *sujeito-jurisdicional-(de-urgência)* deva criar nos termos dos artigos 48.º, n.º 4, 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA (3.).

1. As formas-gerais de tramitação não urgente e as pretensões-não-urgentes

Como se apontou, o modelo de tramitação ordinário ou *não-urgente* desdobra-se na realidade em duas formas de processo, uma que corresponde à acção administrativa comum (=AAC) e uma outra que corresponde à acção administrativa especial (=AAE), sendo certo que o modelo de tramitação ordinário realiza as *pretensões-não-urgentes* que constituirão o objecto de cada um dos processos em causa. Assim, a AAC obedece aos mesmos termos do processo de declaração regulado na lei processual civil (nos termos dos artigos 467.º e ss. do CPC) e esta desdobra-se em formas distintas, tendo em causa o valor da acção. Nos termos da lei processual civil (artigos 463.º, n.º 2, e 783.º e ss. e artigos 464.º e 793.º e ss. do CPC), são três as modalidades de tramitação da acção administrativa comum, uma mais solene, a ordinária, e outras duas menos solenes, sendo a forma sumariíssima a mais simples e rápida. O valor das causas é, pois, o factor determinante da forma específica da AAC (1.1.). Seguem a forma da AAE as *pretensões-não-urgentes* configuradas a título taxativo no artigo 46.º do CPTA, sendo, no entanto, possível cumular algumas destas pretensões com outras que isoladamente devessem seguir a forma da AAC, sendo que, *ex vi* do artigo 5.º, n.º 1, a forma da AAE é a forma que deve seguir tal processo (1.2.).

1.1. E, neste contexto, cumpre mencionar que seguem a forma de AAC, os processos cujo objecto integra pretensões não urgentes que não devam seguir uma outra forma processual⁽¹⁸⁰⁰⁾. E assim, seguem a forma da AAC os processos que tenham por objecto a resolução de todos os conflitos emergentes de relações jurídico-administrativas, com a excepção dos emergentes da prática ou omissão ilegal de actos administrativos ou de normas e dos que devam ser resolvidos por processo especial, designadamente, processo urgente comum, previsto no Título IV do CPTA, ou processo urgente especial, consagrado em legislação avulsa. Ora, por outras palavras, e tendo em conta que a AAC tem por objecto dois grupos de pretensões, umas clássicas, já típicas do antigo contencioso de plena jurisdição, e outras novas ou modernas, cumpre dizer que seguem a tramitação de AAC, na forma ordinária, sumária ou sumaríssima, aquelas pretensões do primeiro tipo que respeitam a certos conflitos emergentes de relações jurídicas contratuais, *maxime*, questões de interpretação, validade e execução, e de relações jurídicas obrigacionais, por responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas públicas, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, incluindo acções de regresso. As pretensões *modernas* correspondem às demais pretensões emergentes de relações jurídicas administrativas e traduzem-se, designadamente, no reconhecimento de situações jurídicas subjectivas, de qualidades ou do preenchimento de condições ou de posições jurídicas; na condenação à adopção ou abstenção de comportamento e à adopção de condutas necessárias ao restabelecimento de direitos ou interesses violados; na condenação ao cumprimento de deveres de prestar que directamente decorram de normas jurídicas administrativas e não envolvam o exercício de poderes de autoridade através da emissão de um acto administrativo, sendo que tais deveres podem traduzir-se no pagamento de uma quantia, na entrega de uma coisa ou numa prestação de facto. E, para além de outras *pretensões-não-urgentes-atípicas*, podem igualmente integrar o objecto do processo que segue a forma de AAC, as pretensões de tutela de prevenção contra ameaça desencadeada por particulares ou concessionários, por as entidades públicas, solicitadas a fazê-lo, se encontrarem numa situação de omissão, bem como as de resolução de diferendos entre entidades públicas, incluindo qualquer uma das entidades do poder local e as entidades incluídas no sector da Administração Estadual, as pretensões indemnizatórias decorrentes da imposição de sacrifícios por razões de interesse público e as relativas ao exercício do direito de reversão de bem expropriado.

(1800) Sobre este tema, vd., designadamente, PEDRO GONÇALVES, «A acção administrativa comum», in: *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra, 2005, pp. 127 ss.

1.2. Como refere o artigo 35.º, n.º 2, a forma de acção administrativa especial rege-se pelas disposições previstas no Título III e a tramitação a seguir é a prevista no capítulo III desse título, sendo que, subsidiariamente, se aplicam as disposições do CPC. E seguem a forma da AAE os processos que tenham por objecto as *pretensões-não-urgentes* constantes dos artigos 46.º, n.ºs 1 e 2, e 47.º do CPTA. E, neste sentido, seguem a forma de AAE as acções que tenham por objecto pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de actos administrativos (nos termos do artigo 46.º, n.º 1) ou pretensões emergentes de normas que tenham ou devessem ter sido emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo (nos termos do artigo 46.º, n.º 1, segunda parte). No que respeita aos pedidos de impugnação de actos administrativos praticados pelos órgãos administrativos ou que sejam relativos à sua omissão ilegal, a AAE é a acção adequada para os fazer valer. A AAE tanto pode ter por objecto estas pretensões principais, formuladas isoladamente — pedidos de anulação de actos e de declaração de nulidade ou de inexistência de actos administrativos (nos termos do artigo 46.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*), do CPTA) e pedidos de condenação à prática de acto devido (nos termos do artigo 46.º, n.º 2, alínea *b*), do CPTA) — como também pode integrar no seu objecto estas pretensões cumuladas com outras *pretensões-não-urgentes*.

Assim, por exemplo, no âmbito da impugnação de actos administrativos, as entidades legitimadas podem juntamente com este pedido principal cumular outros pedidos, de tal modo que se podem configurar as seguintes hipóteses de pretensões cumuladas a efectivar através da AAE, nos termos da regra geral constante do artigo 4.º ou nos termos da norma especial correspondente ao artigo 47.º do CPTA. Assim, é possível cumular no processo que segue a forma de AAE pedidos de anulação de acto ou declaração de nulidade ou inexistência juntamente com pedidos de condenação à reparação de danos (nos termos do artigo 47.º, n.º 1, *in fine*). E igualmente é possível realizar cumulativamente no mesmo processo que segue a forma de AAE pedidos de anulação ou declaração de nulidade ou inexistência juntamente com pedidos de condenação à prática de acto devido, em substituição (total ou parcial) do acto impugnado (nos termos do artigo 47.º, n.º 2, alínea *a*), do CPTA). É também possível cumular pedidos de anulação de acto ou declaração de nulidade ou inexistência juntamente com o pedido de condenação ao restabelecimento da situação hipotética actual (nos termos do artigo 47.º, n.º 2, alínea *b*), do CPTA). E de igual modo, podem cumular-se no processo que segue a AAE pedidos de anulação de acto ou declaração de nulidade ou inexistência e o pedido de anulação ou declaração de nulidade de contrato (nos termos do artigo 47.º, n.º 2, alínea *c*), do CPTA).

Cumpre notar que quanto aos efeitos da apresentação da AAE em tribunal, a regra acolhida pelo legislador no CPTA é a do efeito não suspen-

sivo, nos termos do artigo 50.º, n.º 2. Assim, não obstante a interposição de recurso hierárquico necessário (ou outra garantia administrativa necessária) desencadear, por regra, nos termos da lei, a suspensão da eficácia do acto, essa não é a regra acolhida entre nós para a impugnação contenciosa. A regra é a oposta. E, assim, pese embora existirem excepções pontuais àquele princípio, quer previstas em legislação especial, quer previstas no próprio CPTA, a regra continua a ser a de que o acto anulável produz efeitos até à sua anulação ou até que seja decretada a suspensão da sua eficácia ⁽¹⁸⁰¹⁾.

⁽¹⁸⁰¹⁾ Enfim, cumpre notar, no entanto que o regime actual veio acolher o princípio constante da lei anterior que garantia o efeito suspensivo automático decorrente da notificação à entidade demandada do duplicado da petição inicial, onde o particular vinha requerer a suspensão da eficácia do acto administrativo (nos termos do artigo 80.º da LPTA). Actualmente, nos termos do artigo 128.º, n.º 1, a suspensão provisória do acto administrativo continua a manter-se. Na verdade, tal notificação produz sempre um efeito suspensivo automático, cumprindo à entidade requerida bloquear tal efeito, invocando, para cumprir tal desiderato, em resolução fundamentada, razões de interesse público na imediata execução do acto administrativo suspendendo. Ainda assim, de entre os casos excepcionais em que a impugnação do acto traduz eficácia suspensiva, cumpre destacar um exemplo previsto no CPTA e que diz respeito à impugnação de acto administrativo não sancionatório que condene no pagamento de quantia certa, devendo ser prestada uma garantia. E, quanto a exemplos previstos em legislação especial, em que a impugnação do acto produz efeito suspensivo automático cumpre lembrar a legislação aplicável ao contencioso autárquico referente a actos urbanísticos, onde se prevê uma excepção àquela regra. Com efeito, o recurso interposto da decisão do presidente da câmara que ordena a demolição total ou parcial da obra ou a reposição do terreno nas condições em que se encontrava antes da data de início das obras ou trabalhos, tem efeito suspensivo, devendo a entidade demandada proceder à imediata suspensão do acto, após conhecimento, por citação, da apresentação da acção administrativa especial em juízo (nos termos do artigo 115.º, n.º 1, do RJUE). E, de igual modo, cumpre trazer à colação as novas disposições em matéria de garantias contenciosas consagradas na Lasilo. Assim, esta lei vem garantir ao requerente o poder de impugnar nos tribunais administrativos a decisão de inadmissibilidade do pedido de asilo, proferida pelo director nacional do SEF, sendo certo que tal recurso tem efeito suspensivo, nos termos do artigo 22.º A impugnação deve acontecer no prazo de oito dias, sendo de oito dias igualmente o prazo para que o tribunal administrativo decida. E tratando-se da impugnação judicial da decisão do director nacional do SEF, de inadmissibilidade do pedido de asilo apresentado nos postos de fronteira, também tal impugnação tem efeito suspensivo, devendo neste caso a acção ser proposta no prazo de 72 dias. E, também tem efeito suspensivo a impugnação da decisão final do procedimento de recusa de asilo, emitida pelo membro do governo responsável pela área da administração interna, nos termos do artigo 30.º da Lasilo, devendo, neste caso, o requerente lançar mão da acção no prazo de 15 dias, sendo também de 15 dias o prazo para o tribunal se pronunciar sobre a validade da mesma. E o mesmo sucede em caso de impugnação da decisão do membro do governo, de perda do direito de protecção intencional, devendo neste caso a acção ser proposta no prazo de 8 dias, nos termos do artigo 44.º do mesmo diploma. Neste domínio, só tem efeito meramente devolutivo a impugnação da decisão do director nacional do SEF de inadmissibilidade do pedido subsequente, emitida no quadro do artigo 33.º da Lasilo.

Cumprido de igual modo realçar que também integra o objecto do processo que deve seguir a forma de AAE as *pretensões-não-urgentes* relativas à omissão juridicamente relevantes da Administração Pública, mormente quando em causa está a tutela de pretensões emergentes da omissão de actos administrativos, sendo que estas pretensões podem surgir nas três seguintes situações, a saber: na omissão de acto requerido, no prazo legalmente estabelecido para decisão, havendo dever de decidir (nos termos do artigo 67.º, n.º 1, alínea *a*), do CPTA); na recusa da prática de acto devido (nos termos do artigo 67.º, n.º 1, alínea *b*), do CPTA) e na recusa de apreciação do requerimento dirigido à prática do acto (nos termos do artigo 67.º, n.º 1, alínea *c*), do CPTA) ⁽¹⁸⁰²⁾.

E, finalmente, cumpre dizer que a AAE é também a forma seguida nos processos que tenham por objecto pretensões emergentes da prática ou omissão de actos normativos da Administração Pública emitidos no exercício da função administrativa (nos termos dos artigos 46.º, n.ºs 1 e 2, alíneas *c*) e *d*)). Estas acções podem ter por objecto pretensões principais de impugnação e declaração de ilegalidade, quer por acção quer por omissão (nos termos dos artigos 46.º, n.º 2, alínea *c*), e 46.º, n.º 2, alínea *d*), do CPTA). Assim, quanto aos pedidos principais, eles são os seguintes, a saber: pedidos de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, pedidos de declaração de ilegalidade num caso concreto e declaração de ilegalidade por omissão, traduzida no pedido de *determinação* à prática de norma devida. Actualmente, o CPTA prevê dois regimes de impugnação de normas, a saber: a declaração de ilegalidade de normas com força obrigatória geral e a declaração de ilegalidade de normas sem força obrigatória geral. A primeira, prevista no artigo 73.º, n.º 1, do CPTA, pode ser requerida por quem seja prejudicado pela aplicação da norma ou possa previsivelmente vir a sê-lo, em momento próximo, estando este pedido condicionado pelo seguinte limite: que a aplicação da norma tenha sido recusada por qualquer tribunal, em três casos concretos, com fundamento na sua ilegalidade (nos termos do artigo 73.º, n.º 1). E, ao abrigo do mesmo regime, a declaração de ilegalidade de normas emitidas pode igualmente ser solicitada pelo Ministério Público (nos termos do artigo 73.º, n.ºs 3 e 4), em dois tipos diferentes de situações: a primeira situação é a que classificamos de situação de oportunidade, que inclui a situação oficiosa e a decorrente de

⁽¹⁸⁰²⁾ Como veremos, especialmente no que respeita a acto que devesse ser praticado por qualquer órgão autárquico no procedimento de licenciamento, o RJUE vem prever uma intimação urgente com vista a obter a condenação da autarquia à prática de acto legalmente devido (nos termos dos artigos 111.º, alínea *a*), e 112.º, n.º 1, do RJUE, sendo que tal pedido de intimação segue o disposto no CPTA, quanto aos processos urgentes.

impulso realizado por qualquer das entidades referidas no artigo 9.º, n.º 2, incluindo autarquias locais (nos termos do artigo 73.º, n.º 3), sendo que, neste caso, se dispensa a verificação de recusa de aplicação da norma em três casos concretos (nos termos do artigo 73.º, n.º 2, do CPTA). Uma outra situação é a de obrigatoriedade, que pressupõe o conhecimento de três decisões de desaplicação de uma norma, com fundamento na sua ilegalidade (nos termos do artigo 73.º, n.º 4). Quanto ao regime da declaração de ilegalidade da norma sem força obrigatória geral, ele pressupõe que os efeitos da norma a impugnar se produzem imediatamente e sem dependência de um acto administrativo ou jurisdicional de aplicação. Por outras palavras, cumpre notar que, através deste processo procura-se obter a desaplicação da norma ao interessado e a declaração da sua ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto (nos termos do artigo 73.º, n.º 2, do CPTA), possuindo legitimidade para formular este pedido quem seja prejudicado pela aplicação da norma ou possa previsivelmente vir a sê-lo em momento próximo, ou qualquer das entidades previstas no n.º 2 do artigo 9.º do CPTA. Finalmente, o CPTA prevê o regime da declaração de ilegalidade por omissão ou regime da *determinação à prática de norma devida*, para os casos de situação de omissão de normas, cuja adopção seja necessária para dar exequibilidade a actos legislativos carentes de regulamentação (nos termos do artigo 77.º, n.º 1). No contexto do contencioso autárquico, po exemplo, esta situação pode configurar-se a propósito da omissão do Plano Director Municipal, já que este é de elaboração obrigatória ⁽¹⁸⁰³⁾.

2. As formas-especiais de tramitação urgente e as *pertensões-urgentes*

Ora, enquanto o modelo de tramitação ordinária é aquele que se aplica aos processos declaratórios e executórios ditos ordinários ou comuns, o modelo de tramitação urgente aplica-se a um conjunto de processos especiais. A lei processual administrativa determina o âmbito do modelo de tramitação urgente. Fá-lo, na realidade, na secção II (das formas de processo) do capítulo V, da parte geral do Título I da lei processual administrativa. Nos termos do artigo 36.º do CPTA, seguem a forma urgente impugnatória os processos relativos ao contencioso eleitoral e ao contencioso pré-contratual. Tramitam de acordo com a forma urgente condenatória os processos relativos à intimação para prestação de informações, consulta de documentos ou passagem de certidões e os processos relativos à intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias (2.1.). E, finalmente, têm andamento urgente os processos cautelares (2.2.).

⁽¹⁸⁰³⁾ Vd. F. ALVES CORREIA, *Manual de direito do urbanismo*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 2004, pp. 532 e 533.

2.1. Os processos previstos no Título IV do CPTA são processos especiais e, não obstante cada um deles ter uma estrutura própria, e ser, respectivamente, à sua medida, um reflexo da operação de simplificação e abreviação que o legislador concretizou a partir dos arquétipos dos processos que seguem as *formas-gerais* previstas na lei processual administrativa, e pese embora cada um deles possuir uma tramitação individual, mais ou menos agilizada, pré-estabelecida nas respectivas disposições legais, todos eles têm em comum o facto de tramitarem de acordo com uma mesma forma urgente. Afinal, todos têm subjacente o mesmo fundamento, o «princípio da simplificação da estrutura dos meios processuais», que é um princípio de grande importância extraído do Código (1804) e que fez nascer os processos sumários ou processos simplificados e abreviados, como teremos oportunidade de verificar na parte final do capítulo III da III Parte desta dissertação, e o princípio da celeridade processual (1805), cuja importância não é menor. E não é menor se atendermos que este princípio é co-inerente ao princípio da tutela judicial efectiva e em prazo razoável.

Quanto a este aspecto dos modelos de tramitação, faz todo o sentido seguir as disposições legais, distinguindo os processos que, nos termos da lei processual administrativa, seguem a forma urgente. A este propósito rege o artigo 36.º do CPTA. E tal significa que, sem prejuízo dos demais casos previstos na lei, são cinco os tipos de processos que seguem a forma urgente. Têm carácter urgente o processo eleitoral, o processo pré-contratual, o processo de intimação para prestação de informações, consulta de documentos ou passagem de certidões, o processo de intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias e, finalmente, os processos cautelares.

Em contas simples, fica claro que independentemente da sua estrutura particular, todos os processos enunciados, sejam eles principais ou cautelares,

(1804) Neste sentido, D. FREITAS DO AMARAL/M. AROSO DE ALMEIDA, *Grandes linhas...*, cit., p. 80.

(1805) A propósito destes processos urgentes, D. FREITAS DO AMARAL/M. AROSO DE ALMEIDA (*Grandes linhas...*, cit., pp. 86, 87 e 94 ss.) escrevem que estes processos se traduzem em um conjunto heterogéneo que tanto seguem uma tramitação própria, estruturada em termos céleres, como sucede no caso das intimações, como seguem o modelo da acção administrativa especial, mas com adaptações destinadas a torná-los mais céleres, como sucede com os processos de contencioso eleitoral e pré-contratual, que por este motivo, adoptam o nome de impugnações urgentes. Em qualquer caso, estas tramitações são total ou parcialmente diferenciadas e são, portanto, formas de processo distintas daquelas que o CPTA qualifica como acção administrativa comum e acção administrativa especial. De qualquer modo, a doutrina «arruma» tais processos urgentes segundo o critério das formas de processo principais, constituindo a tutela principal urgente, contrapondo-lhe a forma do processo cautelar, constituindo a tutela não principal urgente, previsto no Título V (CPTA).

estejam eles previstos no Título IV ou no Título V, todos tramitam de acordo com o mesmo modelo urgente. E, assim, seguindo muito de perto a sistematização escolhida pelo legislador em 2002/2003, cumpre precisar que segue o modelo de tramitação urgente duas acções urgentes impugnatórias (2.1.1.) e duas acções urgentes condenatórias (2.1.2.). Finalmente, como veremos, segue o modelo de tramitação urgente o processo cautelar previsto nos artigos 112.º e ss. do CPTA.

De qualquer modo, não obstante seguirmos a sistematização estabelecida na lei e pese embora aceitarmos a terminologia empregue pelo legislador, somos da opinião de que nem os processos impugnatórios são apenas processos impugnatórios, nem o processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias é apenas um processo declaratório de intimação, tal como o processo cautelar não se resume a uma forma única e linear de tramitação. Consideramos que a lei processual administrativa integra na verdade um modelo de tramitação urgente com vários andamentos, sendo que os processos urgentes têm andamento mais ou menos célere em função da intensidade da urgência e da natureza da *situação-de-urgência*.

2.1.1. O processo eleitoral, previsto nos artigos 97.º e ss. do CPTA, segue o modelo de tramitação urgente exactamente porque o seu objecto integra uma modalidade típica de *pretensões-urgentes*, *id est*, pretensões que, concernentes a uma situação de carência de tutela judicial envolvida numa *situação-de-urgência-especificada*, dizem respeito ou a um procedimento eleitoral irregular, que acaba por viciar o acto final desse procedimento, ou a um tipo específico de invalidade de um acto pré-eleitoral (referente ao acto de exclusão ou omissão de eleitores ou elegíveis) ou ao acto eleitoral propriamente dito. E, assim, as *pretensões-urgentes* a realizar através deste processo dizem respeito tanto ao acto eleitoral propriamente dito (e respectiva homologação) como abrangem algumas questões autónomas do procedimento, nomeadamente as relativas à inscrição (exclusão ou pura omissão) nos cadernos eleitorais ou à recusa de admissão de listas a sufrágio. De facto, estando em causa a protecção efectiva dos direitos de eleger e ser eleito, podem lançar mão deste processo eleitoral quem na eleição em causa seja eleitor ou elegível, ou as pessoas em relação às quais, devendo existir inscrição nos cadernos e listas eleitorais, haja essa omissão. De qualquer modo, cumpre notar que a eleição a que se refere este processo especial que segue uma forma especial são aquelas através das quais se designam os titulares de órgãos administrativos electivos (incluindo as eleições para órgãos burocráticos, por exemplo, no âmbito das escolas e de outros estabelecimentos e serviços públicos).

Em segundo lugar, segue a tramitação urgente impugnatória a situação de urgência relacionada com o procedimento de formação de quatro tipos de

contratos públicos, quais sejam o contrato de empreitada e concessão de obras públicas, o contrato de prestação de serviços e o de fornecimento de bens. Devendo o procedimento pré-contratual obedecer aos princípios da legalidade, da livre concorrência, de igualdade e de imparcialidade, a situação de carência que justifica o seguimento do modelo de tramitação urgente neste processo pressupõe, pois, a iminência de celebração do contrato sem que tais princípios e outras normas tenham sido respeitados e pressupõe a necessária correcção atempada das ilegalidades verificadas durante a formação dos contratos em causa. Na realidade, por imposição comunitária, o processo impugnatório previsto no artigo 100.º do CPTA segue o modelo de tramitação urgente, sendo que o seu objecto corresponde a dois tipos de *pretensões-(impugnatórias)-urgentes* relativas à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens: a impugnação de actos administrativos praticados durante a fase de formação (incluindo o procedimento pré-contratual) de qualquer um desses contratos, e a impugnação de *documentos normativos* com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras, ou seja, de *documentos normativos* conformadores do procedimento de formação desses contratos, incluindo, o programa e o caderno de encargos (nos termos do artigo 100.º, n.os 1 e 2, do CPTA) ⁽¹⁸⁰⁶⁾.

Cumprir também que, não obstante ser designado como processo impugnatório, o objecto deste processo especial pode, na verdade, integrar outras pretensões e, assim, através dele pode o juiz declarar a invalidade de um destes contratos, se entretanto o mesmo vier a ser celebrado na pendência do processo, e pode fixar o valor da indemnização a atribuir ao autor do processo, se entretanto se tiver consolidado uma situação de impossibilidade absoluta, que impeça o autor de obter a restauração *in natura* da sua pretensão jurídica (nos termos dos artigos 102.º, n.º 4, e 63.º, n.º 5) ⁽¹⁸⁰⁷⁾. E, neste contexto, cumpre reflectir sobre o verdadeiro sentido da expressão *pretensão-urgente*, para este efeito. E daqui decorrem duas questões, a saber: se não haverá outras *pretensões-urgentes* que devam ser incluídas no objecto deste processo urgente, não obstante o legislador o não ter mencionado expressamente, tal como o pedido de condenação na emissão de acto devido ou de condenação na substituição de acto impugnado, sem que daqui deva obrigatoriamente existir perda do carácter urgente do processo; se aquelas novas pretensões, previstas no artigo 102.º, n.os 4 e 5, ainda podem ser classificadas como *pre-*

⁽¹⁸⁰⁶⁾ A este propósito, vd. PEDRO GONÇALVES, «Contencioso administrativo pré-contratual», CJA, 44, 2004, pp. 3 ss.

⁽¹⁸⁰⁷⁾ A este propósito, vd., designadamente, acórdão do TCA-N de 17.02.2005, processo n.º 617/04.4BEPRT, e acórdão do TCA-S de 13.01.2005, processo n.º 394/04.

tensões-urgentes e se, por isso, ainda faz sentido manter a tramitação urgente quando o seu objecto se amplia nesses casos ⁽¹⁸⁰⁸⁾.

2.1.2. O modelo de tramitação urgente estende-se também a um conjunto de dois processos previstos no Título IV do CPTA, que o legislador designa de «intimações». Eles são a intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, contemplada nos artigos 104.º e ss. da lei processual, e a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, que é contemplada nos artigos 109.º e ss. do CPTA. O primeiro processo urgente de intimação tem por objecto uma pretensão cuja situação de carência tanto se manifesta com carácter de urgência como não, sendo que o legislador optou por a considerar como urgente, dando, assim origem a um tipo de contencioso em que a urgência é qualificada por determinação legal ⁽¹⁸⁰⁹⁾. Tal pretensão é relativa ao exercício do direito fundamental dos cidadãos à informação administrativa (consagrado na Lei Fundamental no artigo 268.º, n.ºs 1 e 2), nas modalidades de direito à informação procedimental (nos termos dos artigos 61.º a 64.º do CPA) e extra-procedimental ou direito de acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização (nos termos da LARDA).

Se o contencioso que explicámos, há pouco, é exemplo de um tipo de contencioso urgente por determinação legal, já o contencioso que envolve o exercício de direitos, liberdades e garantias constitui um tipo de contencioso urgente por natureza, não obstante o legislador, cumprindo a imposição legiferante constante do artigo 20.º, n.º 5, da Lei Fundamental, ratificar tal carácter. O processo urgente de intimação para protecção de direitos fundamentais, previsto nos artigos 109.º e ss. do CPTA, tem, de facto, por objecto pretensões jurídicas relativas à protecção urgente de direitos, liberdades e garantias perante entidades públicas e privadas, sendo que, não obstante a lei processual administrativa o não especificar, estes direitos não devem resumir-se aos de natureza estritamente pessoal, como decorreria do cumprimento pontual do comando constitucional, previsto no artigo 20.º, n.º 5. Como teremos oportunidade de verificar, este processo de intimação está estruturalmente configurado como processo sumário e por isso beneficia de instrumentos de simplicidade e abreviação. E, porque tem tramitação urgente, este processo beneficia, de igual modo, de instrumentos de aceleração. De um modo e de outro, é adequado para asse-

⁽¹⁸⁰⁸⁾ Sobre este assunto, vd. o nosso «O contencioso dos contratos da administração pública. Notas sobre um domínio do contencioso administrativo de feição muito urgente», RMP, n.º 108, 2006, esp. pp. 183 ss.

⁽¹⁸⁰⁹⁾ No sentido de que há vantagem neste tipo de classificação, mormente tratando-se do contencioso tributário, vd. JOSÉ CASALTA NABAIS, «Justiça administrativa e justiça fiscal», in: *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra, 2005, pp. 282 e 283.

gurar o exercício de um direito, liberdade ou garantia dos particulares perante o ameaçador, pessoa colectiva pública, particulares ou concessionários, envolvidos em relações jurídicas administrativas. E, ainda, porque configurado com elementos de natureza excepcional, este processo (que não é de natureza estritamente declarativa) é apto para proporcionar uma antecipação da tutela declaratória e proporcionar uma antecipação de efeitos que normalmente só são configuráveis no próprio momento de execução da sentença.

Como se percebe, até a partir da leitura da Exposição de Motivos da respectiva proposta de Lei, o legislador pretendeu instituir um processo dotado «de grande elasticidade, que o juiz [portador de uma missão especial e dotado de poderes excepcionais] deverá dosear em função da intensidade da urgência», um processo que é disciplinado por regras que a cada momento se revelam como exceções perante a regra, pois, a situação de carência de tutela que através de si se protege é configurada como situação excepcional. É, de facto, um processo de tramitação urgente que está disciplinado por normas especiais e tem especificidades de vária ordem. Este processo é, pois, configurado segundo um «modelo polivalente», como escreve AROSO DE ALMEIDA ⁽¹⁸¹⁰⁾ e, como se verá, desta polivalência se não resulta a sua submissão «a quatro formas processuais distintas» ⁽¹⁸¹¹⁾, como escrevem alguns autores, pelos menos resulta que este processo pode assumir várias configurações estruturais, ficando sujeita, de qualquer modo, à mesma forma urgente, ainda que esta configure vários *andamentos*.

O processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias segue, pois, o modelo de tramitação urgente traçado, desde logo, no artigo 36.º do CPTA, designadamente no artigo 36.º, n.º 2, e no artigo 147.º do CPTA. E isto significa que os prazos relativos a este processo correm seguidamente, mesmo durante as férias judiciais e que, quando os prazos terminem em dia em que o tribunal esteja encerrado, a sua conclusão se transfere para o primeiro dia útil seguinte, nos termos da lei processual civil, *ex vi* do artigo 1.º do CPTA. E isto significa também que este processo corre com dispensa de vistos prévios, mesmo em fase de recurso jurisdicional, que os actos de secretaria são praticados no próprio dia com precedência sobre quaisquer outros. E no que concerne à tramitação em segundo grau de jurisdição, o

⁽¹⁸¹⁰⁾ A este propósito, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 277 e 278.

⁽¹⁸¹¹⁾ Neste sentido, vd. M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 547. Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», RLI, ano 134.º, 2001, n.º 3929, pp. 229 ss.; CARLA AMADO GOMES, «Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias», in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Telles*, Vol. V, 2003, pp. 541 ss., esp. pp. 563 ss.

carácter de urgência da tramitação revela-se no prazo de interposição do recurso, que é de 15 dias, na sua subida imediata, na redução para metade dos prazos a observar durante o recurso e na marcação com prioridade do julgamento. E ao contrário do que é a regra, o recurso jurisdicional interposto da decisão que impõe uma intimação tem efeito meramente devolutivo (nos termos do artigo 143.º, n.º 2), devendo, por isso, ser imediatamente cumprida pelas autoridades competentes, após a sua notificação (que também tem de ser efectuada de modo urgente, nos termos do artigo 111.º, n.º 3). E, independentemente do valor da causa, é sempre admissível recurso jurisdicional da decisão desfavorável proferida neste processo (nos termos do artigo 142.º, n.º 3, alínea a), do CPTA).

2.2. Finalmente, nos termos da lei processual administrativa, as restantes *pretensões-urgentes-atípicas* devem constituir o objecto do processo cautelar e este segue, de igual modo, o modelo de tramitação urgente, previsto, designadamente, no n.º 2 do artigo 36.º do CPTA. Aliás, é neste processo que se confirma que é a urgência, *rectius, periculum in mora* ou fundado receio de 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, que pré-determina as diversas dimensões ou as distintas configurações que os processos urgentes podem apresentar na lei processual. Como se verificou, é a *situação-de-urgência* em que se encontra a situação carente de tutela judicial que determina a inconstância e a instabilidade estrutural do processo que sobre ela versa. E é ela, a *situação-de-urgência*, que impõe a constante adaptação da estrutura e da tramitação do processo, sendo que o andamento mais acelerado ou mais lento decorre da intensidade da urgência invocada e da natureza dos direitos e interesses envolvidos na lide. Ora, nos termos dos artigos 112.º e ss. da lei processual administrativa, o processo cautelar apresenta-se *pluridimensional*, sendo que uma das variações do processo cautelar prima mesmo pela extrema aceleração, simplicidade e abreviação.

Assim, por um lado, a lei processual administrativa configura a existência de um processo cautelar comum, cujo regime consta dos artigos 112.º e ss. do CPTA. E através deste processo cautelar comum é possível obter o decretamento de qualquer providência cautelar, conservatória ou antecipatória, que seja admitida no contencioso administrativo. Depois, por outro lado, a lei processual administrativa consagra a existência de processos cautelares especiais, uma vez que prevê a existência de processos cautelares que desembocam na adopção de providências cautelares especificadas, sendo que tais processos estão igualmente sujeitos a disposições legais particulares. Na verdade, tanto a lei processual administrativa como a lei processual civil, *ex vi* do artigo 112.º,

n.º 2, e artigo 1.º do CPTA, consagram a existência de regimes específicos para a adopção de certas providências cautelares especificadas, prevendo, pois, a existência de processos cautelares tipificados ou especiais, cuja disciplina é composta por normas que regem o processo cautelar comum, a que acrescentam normas particulares. Por exemplo, o processo cautelar de suspensão da eficácia de um acto administrativo rege-se pelas disposições constantes dos artigos 128.º e ss. O processo de suspensão da eficácia de uma norma administrativa tem a sua particular disciplina prevista no artigo 130.º do CPTA, sendo que nela se consagra tanto a possibilidade de um interessado requerer a suspensão da eficácia de uma disposição normativa com efeitos circunscritos ao caso concreto, nos termos do n.º 1 do artigo 130.º, como a possibilidade de obter a suspensão da eficácia da norma com alcance geral, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito. As providências relativas a procedimentos de formação de contratos deve seguir os trâmites do artigo 132.º da lei processual administrativa. E a regulação provisória do pagamento de quantias rege-se pelo artigo 133.º do CPTA. Finalmente, a produção antecipada de prova é realizada segundo os termos previstos no artigo 134.º do CPTA. Ora, daqui decorre, pois, a confirmação de que a lei processual administrativa consagra a existência de processos cautelares especiais e de um processo cautelar comum, sendo que todos eles devem seguir o modelo de tramitação urgente. E, *ex vi* do artigo 1.º e artigo 112.º, n.º 2, do CPTA, o decretamento das providências cautelares especificadas de natureza civil obedece igualmente às normas especiais constantes da secção II, do capítulo IV, do Título I do Livro III do CPC. Assim, por exemplo, o arrolamento seguirá as normas constantes dos artigos 421.º, especialmente do artigo 423.º do CPC.

Na senda do que apontámos inicialmente, cumpre ainda reter que o processo cautelar comum, que desemboca na emissão de uma providência cautelar não especificada, apresenta três dimensões ou três configurações, a saber: uma configuração regra, a do *processo cautelar comum-regra*, cuja disciplina está disposta nos artigos 112.º e ss., especialmente nos artigos 114.º e ss., e duas configurações comuns especiais, uma que está prevista no artigo 131.º e é apta para desembocar no decretamento provisório de qualquer providência cautelar não especificada, e outra que está configurada no artigo 121.º e é apta para desembocar na antecipação do juízo de fundo de qualquer processo principal, sendo que estas duas últimas variações podem combinar-se com todos os processos principais, com a excepção do processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias — e esta afirmação tem uma justificação. Todas estas variações do processo cautelar comum seguem o mesmo modelo de tramitação urgente, não obstante as particularidades acolhidas nos preceitos mencionados.

3. Uma mesma tramitação urgente para as *pretensões-urgentes-típicas* e para as *pretensões-urgentes-atípicas*

Enfim, como se apontou nas considerações introdutórias, o modelo de tramitação urgente tem natureza aberta, e, por isso, alberga outras modalidades processuais não identificadas no artigo 36.º da lei processual administrativa e dá tutela a outras *pretensões-de-urgência* previstas em legislação especial ou também previstas e contextualizadas no CPTA, ainda que fora dos Títulos IV e V. Assim, seguem a forma urgente os processos urgentes contemplados no Título V e no Título IV do CPTA e seguem também a tramitação urgente alguns processos previstos em lei especial. Cumpre notar também que, para além dos mencionados, há ainda outros processos que devem seguir a forma urgente. São aqueles que o juiz entenda criar, nos termos do artigo 48.º, n.º 4, nos termos do artigo 121.º e nos termos do artigo 132.º, n.º 7, do CPTA. E, não obstante a lei processual administrativa o não mencionar, julgamos que o processo de conflito de competência jurisdicional entre tribunais da jurisdição administrativa e fiscal e de conflito de atribuições entre órgãos administrativos de pessoas colectivas públicas, *ex vi* da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 42.º do CPA, deve igualmente seguir tal tramitação urgente, uma vez que o processo em causa, mormente a segunda modalidade, integra *pretensões-urgentes*, especialmente quando «da inacção das autoridades em conflito puder resultar grave prejuízo», nos termos do artigo 138.º do CPTA.

Vejamus, com mais detalhe. De entre as acções avulsas, com carácter de urgência, destacam-se as intimações urbanísticas, previstas no RJUE, nas modalidades de intimação judicial para a prática de acto legalmente devido (nos termos do artigo 111.º, alínea *a*), e artigo 112.º), relativamente aos procedimentos de licenciamento municipal de operações urbanísticas, traduzida na intimação para que a autoridade competente proceda à prática do acto que se mostre devido, incluindo a promoção de consultas, dentro de um prazo não superior a 30 dias, sob a cominação de aplicação de sanção pecuniária compulsória, e a intimação para a emissão de alvará de licença ou autorização de utilização, nos termos do artigo 111.º, alínea *b*), artigo 112.º, n.º 9, e artigo 113.º, n.º 5, do mesmo regime jurídico⁽¹⁸¹²⁾. Com efeito, esta intimação para a emissão de alvará, de que o particular pode lançar mão também nos procedimentos de licenciamento, pressupõe, precisamente neste caso, que a Administração autárquica, na sequência da intimação do primeiro tipo, não praticou o acto devido, podendo a certidão da sentença transitada em julgado substituir

(1812) Sobre estas intimações, vd. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «As garantias dos particulares no RJUE», in: *O novo regime jurídico da urbanização e da edificação*, Lisboa, 2002, pp. 113 ss.

o alvará não emitido (nos termos dos artigos 112.º, n.º 9, e 113.º, n.ºs 1, 5 e 7). Mas, a intimação judicial para a emissão de alvará (nos termos do artigo 111.º, alínea *b*), e artigo 113.º) não surge somente na situação de não cumprimento de intimação judicial para a prática de acto, já indicada a propósito dos procedimentos de licenciamento. Ela é igualmente adequada nos procedimentos de autorização, no âmbito dos quais o silêncio da Administração traduz o deferimento tácito da pretensão do particular (artigo 111.º, alínea *b*), do RJUE). Com efeito, pretendendo o interessado iniciar os trabalhos ou dar de imediato utilização à obra, a intimação surge quando não tenha sido possível o pagamento das taxas que se mostrem devidas, designadamente, por a Administração não ter afixado nos serviços de tesouraria da câmara municipal o número e a instituição bancária em que o particular poderia ter depositado a respectiva quantia bem como a indicação do regulamento municipal sobre as taxas (nos termos do artigo 113.º, n.ºs 2, 3, 4 e 5) (1813).

A acção para declaração de perda de mandato e de dissolução de órgãos autárquicos, prevista nos artigos 11.º a 15.º da LdeTutela pressupõe que os órgãos autárquicos praticaram, de forma individual ou colegial, por acção ou omissão, ilegalidades graves. É uma acção que segue a tramitação da acção administrativa especial, a prevista no capítulo III do Título III do CPTA, tendo, no entanto, carácter urgente. A legitimidade é fundamentalmente atribuída ao MP, sendo ainda alargada a interessados directos e membros do respectivo órgão (1814). Este processo pressupõe, pois, a existência de uma situação de urgência e esta, não obstante não envolver especial urgência, decorre fundamentalmente da duração breve dos mandatos dos eleitos locais.

E, cumpre sublinhar ainda que a Lasilo também ela consagrada acções especiais urgentes, tal como decorre do ser artigo 84.º, procurando, assim, prever um conjunto de mecanismos de reacção perante certas decisões proferidas no quadro da protecção internacional do direito de asilo e assegurar a efectividade da tutela jurisdicional há muito reclamada para este domínio. Aliás, a Lasilo prevê no artigo 84.º a gratuidade e a urgência dos processos de concessão ou perda do direito de asilo ou de protecção subsidiária e de expulsão, quer

(1813) A este propósito, vd. acórdão do TCA-S de 13.01.2005, processo n.º 383/04 (intimação para a emissão de alvará); acórdão do STA, de 10.09.2003, processo n.º 1381/03 (intimação para a prática de acto devido); acórdão do TCA-N de 16.12.2004, processo n.º 493/04.7BECBR (intimação para prestação à informação urbanística); acórdão do STA de 27.09.2000, recurso n.º 46 541 (decidiu sobre um pedido de intimação para a emissão de alvará), in: AD, n.º 470, p. 214.

(1814) A este propósito, vd. acórdão do STA de 17.06.2003, processo n.º 994/03 (perda de mandato: faltas injustificadas); acórdão do STA de 30.07.2003, processo n.º 1205/03 (dissolução de órgão autárquico por falta de elaboração de proposta de orçamento).

em fase administrativa quer judicial. De um modo sintético, pode enunciar-se que tem carácter urgente a acção de impugnação da decisão de inadmissibilidade do pedido de asilo, proferida pelo director nacional do SEF, devendo ser decidida em oito dias. E, tratando-se de pedidos de asilo apresentados nos postos de fronteira, por estrangeiros que não preencham os requisitos legais para a entrada em território nacional, a Lasilo vem prever, no artigo 25.º, uma acção mais célere, já que o procedimento administrativo é também mais simplificado e abreviado. Assim, o requerente, que permanece em zona internacional do porto ou aeroporto, enquanto aguarda a notificação da decisão, pode, depois de notificado da decisão proferida pelo director nacional do SEF de inadmissibilidade do pedido de asilo, impugná-la perante um tribunal administrativo, no prazo de 72 horas, sendo também este o prazo para que o tribunal emita a sentença. Assim acontece nos termos do artigo 25.º da Lasilo. A mesma natureza tem a acção impugnatória que venha a ser proposta contra a decisão final do procedimento, emitida pelo membro do governo responsável pela área da administração interna sobre recusa de asilo, sendo certo que a acção deve ser proposta e decidida pelo tribunal no prazo de 15 dias. Contudo, já não terá a natureza urgente a impugnação da decisão que vier a ser emitida no quadro da apreciação pré-eliminatória de um pedido de asilo apresentado subsequentemente, nos termos do artigo 33.º da Lasilo, uma vez que, tendo em conta o quadro jurídico (quase de reapreciação) em que é emitida a decisão, se o director nacional do SEF decidir pela inadmissibilidade do pedido, ao requerente resta a possibilidade de impugnação jurisdicional, perante os tribunais administrativos, nos termos gerais. Já volta a ter natureza urgente a impugnação jurisdicional da decisão que versa sobre a perda do direito de protecção internacional. Assim, perante a decisão que declara a perda do direito de protecção internacional, proferida pelo membro do governo responsável pela área da administração interna, sob proposta do director nacional do SEF, cabe recurso jurisdicional para os tribunais administrativos, no prazo de 8 dias, tendo tal recurso um efeito suspensivo.

Cumpra ainda mencionar que seguem igualmente o modelo de tramitação urgente os processos especiais que nos termos da lei o juiz entenda criar. Assim, no contexto do tratamento judicial de massas, a lei processual administrativa configura no artigo 48.º, n.º 4, a possibilidade de o presidente do tribunal adoptar o modelo de tramitação urgente para julgar o processo ou os processos seleccionados. E, de igual modo, o processo previsto no artigo 121.º, que será determinado pelo juiz para desembocar na antecipação do juízo sobre a causa principal seguirá igualmente o modelo de tramitação urgente. Finalmente, no contexto do contencioso pré-contratual, o artigo 132.º, n.º 7, permite igualmente que o juiz adopte a forma urgente para determinar a entidade demandada a proceder à correcção das ilegalidades de especificações constantes dos documentos do concurso.

Enfim, não poderíamos terminar este parágrafo sem trazer à colação um processo especial que também atende a *situações-de-urgência* mais ou menos variável, contemplado fora dos Títulos IV e V do CPTA. Na verdade, este é o processo especial para resolução de conflitos de competência entre tribunais da jurisdição administrativa e fiscal e para resolução de conflitos de atribuições entre órgãos de diferentes pessoas colectivas públicas, *ex vi* do artigo 42.º, n.º 2, alínea *a*), do Código de Procedimento Administrativo e artigo 135.º do CPTA. E, com efeito, e no que concerne a esta última configuração, a lei processual administrativa, não obstante mandar aplicar as disposições constantes do capítulo III do Título III, prevê especialmente disposições que contêm uma matriz aceleradora. Assim, neste processo, os prazos são reduzidos a metade, há dois articulados, a petição inicial, que é apresentada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, e a resposta da entidade demandada. Não se admitem alegações e da sentença não se admite qualquer tipo de recurso. Enfim, a urgência na resolução do conflito negativo ou positivo de atribuições justifica-se pelo interesse público na resolução atempada do conflito. Na verdade, o que se procura é assegurar que a competência seja exercida pela entidade competente, o mais imediatamente possível. E nas situações em possa existir prejuízo de lesão — situação que consideramos de especial urgência —, o processo pode desembocar numa decisão provisória, através da qual o tribunal designa a autoridade que deve exercer provisoriamente a competência em tudo o que seja mais urgente.

§ 3. A FORMA URGENTE COMO IMPERATIVA

Razão de ordem: 0. Introdução. **1.** A plena exclusividade e imperatividade da AAEUE e da AACUII. **2.** A exclusividade e a imperatividade relativas da AAUIDF e da AAEUC. **3.** A exclusividade e a imperatividade da AUC

0. Introdução

Apurado que a lei processual administrativa configura a existência de um modelo de tramitação ordinário e um modelo de tramitação urgente e apurado também que, neste contexto das formas de tramitação, o contencioso administrativo se revela bidimensional, cumpre agora perceber em que termos se relacionam e co-existem os dois modelos, o ordinário e o urgente. E também já afirmámos que, por imperativo do princípio da tipicidade das formas processuais, as *pretensões-urgentes* devem ser formuladas nos processos que seguem um modelo de tramitação urgente, sendo que cada tipo de *pretensão-urgente* tipificada nos Títulos IV e V do CPTA deve obrigatoriamente constituir o objecto do respectivo processo e este deve tramitar segundo a

respectiva forma. A tramitação urgente revela-se assim como imperativa por causa da *situação-de-urgência* em que se encontra a situação jurídica que é carente de tutela judicial.

Com efeito, as *pretensões-urgentes* tipificadas na lei processual administrativa que são referentes ao acto eleitoral devem constituir o objecto do processo urgente eleitoral, previsto nos artigos 97.º e ss., sendo que esta forma processual — a forma de acção administrativa especial urgente eleitoral (= AAEUE) — se constitui assim como exclusiva e imperativa perante todas as outras e designadamente perante a forma geral da AAE. As *pretensões-urgentes* tipificadas na lei processual administrativa que são relativas ao procedimento de formação dos contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, fornecimento de bens e prestação de serviços devem integrar o objecto do processo urgente pré-contratual, previsto nos artigos 100.º e ss., sendo que esta forma processual — a forma de acção administrativa especial urgente contratual (= AAEUC) — se constitui assim como exclusiva e imperativa perante todas as outras, designadamente perante a forma geral de AAE. As *pretensões-urgentes* tipificadas na lei processual administrativa que são referentes ao exercício do direito fundamental à informação procedimental e extra-procedimental constituem o objecto do processo urgente previsto nos artigos 102.º e ss., sendo que esta forma processual — a forma de acção administrativa comum urgente de intimação para prestação de informação (= AACUII) — se constitui assim como exclusiva e imperativa perante todas as outras, designadamente perante a forma geral da acção administrativa comum, a que normalmente devem corresponder os processos que têm por objecto pretensões relativas à imposição à Administração para adopção de comportamentos, sendo, pois, semelhante o tipo e a natureza das imposições em causa: trata-se de imposições para a obtenção de simples prestações, incluindo materiais, e não se configura como uma imposição para exercício dos poderes de autoridade⁽¹⁸¹⁵⁾. As *pretensões-urgentes* tipificadas na lei processual administrativa, exactamente nos termos configurados no artigo 109.º, n.º 1, que são referentes ao exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, devem constituir o objecto do processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, sendo que esta forma processual — a forma de acção administrativa urgente de intimação para protecção de direitos fun-

⁽¹⁸¹⁵⁾ Neste sentido, aderimos, pois, ao pensamento de M. AROSO DE ALMEIDA (*O novo regime...*, cit., p. 282), quando o autor afirma que o processo de intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões «corresponde a uma espécie de acção administrativa comum urgente, mediante a qual se faz valer por forma mais célere o direito a prestações que, se não houvesse urgência nem fosse possível a adopção de um processo simplificado, seriam accionados segundo a forma da acção administrativa comum».

damentais (= AAUIDF) — se constitui, assim, como exclusiva e imperativa perante todas as outras, mormente perante a forma geral de AAC, que é a forma geral que deve ser seguida pelo processo que tem por objecto pretensões de condenação da Administração à prática ou omissão de comportamentos e perante o processo cautelar. E, finalmente, as *pretensões urgentes não especificadas a priori* na lei processual administrativa, que podem decorrer da demora de um processo principal, devem constituir o objecto do processo cautelar, sendo que este deve seguir a forma da acção urgente cautelar (= AUC).

Enfim, chegados aqui, e apurada a exclusividade e a imperatividade destas acções, cumpre notar que, se não é difícil traçar o âmbito do processo que segue a forma de AAEUE e se não é difícil também delimitar o rol de *pretensões-urgentes* que são objecto do processo que deve seguir a forma de AACUII (1.), já se mostra muito mais complicada a tarefa de caracterizar a natureza exclusiva e imperativa da AAEUC e da AAUIDF. E assim é porque certas *pretensões* que dizem respeito a estes processos podem integrar o objecto dos processos que seguem a forma geral de AAC ou de AAE, sendo, pois, mais difícil distinguir, para este efeito, a natureza da *pretensão-urgente* da *pretensão-não-urgente* (2.). E, claro, sobram ainda as *pretensões urgentes não tipificadas a priori* na lei processual administrativa, aquelas que podem brotar por causa da demora de um processo principal. E, neste sentido, devendo constituir o objecto do processo cautelar e sendo que este se destaca pelo seu carácter acessório e instrumental perante a efectividade de um outro processo, fácil é perceber em que termos a AUC se configura como exclusiva, uma vez que a *situação-de-urgência* corresponde ao universo dos *pericula in mora* (3.).

1. A plena exclusividade e imperatividade da AAEVE e da AACUII

A AAEUE está consagrada na lei processual administrativa com plena exclusividade e imperatividade (1.1.), o mesmo acontecendo com a AACUII (1.2.).

1.1. O processo que segue a forma de AAEUE é o primeiro processo impugnatório de entre os demais processos urgentes previstos no Título IV e tem por objecto certas pretensões que são emergentes de um certo tipo de contencioso relativo a procedimentos eleitorais, aquele que nos termos dos artigos 1.º e 4.º, n.º 1, alínea *m*), do ETAF é atribuído à jurisdição administrativa. Ou, por outras palavras, estamos a falar daquele contencioso eleitoral que é relativo a órgãos de pessoas colectivas de direito público para o qual não seja competente outro tribunal (1.1.1.). A anterior lei processual administrativa, a LPTA, contemplava um processo de contencioso eleitoral, nos artigos 59.º a 62.º

Este processo foi acolhido na nova lei processual administrativa nos artigos 97.º e ss., não tendo o legislador procedido a significativas alterações terminológicas e estruturais. Ainda assim, foi introduzida uma alteração que vai no sentido de limitar o conjunto de pretensões urgentes que podem constituir o objecto do processo em causa (1.1.2.).

1.1.1. É a partir do artigo 1.º e do artigo 4.º, n.º 1, alínea *m*), do ETAF, que se configura o âmbito do processo urgente eleitoral e o seu objecto. Este processo só abrange as *pretensões-urgentes* eleitorais, que, diga-se, em abono da verdade, são todas as pretensões que dizem respeito a qualquer um dos processos eleitorais que cabem no domínio da ordem jurisdicional administrativa, ou seja, todas as pretensões impugnatórias que digam respeito à eleição de órgãos de pessoas colectivas de direito público para as quais não seja competente outro tribunal. E assim, estamos a falar de procedimentos eleitorais para os órgãos da Administração directa e indirecta do Estado bem como de alguns procedimentos eleitorais que dizem respeito às autarquias e a associações públicas. Contudo se as disposições legais apenas se referem a órgãos de pessoas colectivas públicas, julgamos que também faz sentido que abranja a eleição de órgãos de entidades privadas de poderes públicos, principalmente das que exercem funções públicas (1816).

Ora, tendo em conta, de certa maneira, a doutrina e a jurisprudência anteriores, estamos a falar, designadamente, dos procedimentos eleitorais através dos quais se designam os titulares de órgãos administrativos electivos (1817), incluindo os procedimentos eleitorais para a designação dos órgãos burocráticos, como são, por exemplo, aquelas que decorrem, de acordo com os respectivos estatutos, transversalmente, na Administração Estadual, na Administração indirecta do Estado e na Administração Autónoma. E assim abarca a eleição no âmbito de estabelecimentos e serviços públicos escolares, universitários e hospitalares, incluindo, a saber, os serviços de agrupamentos escolares, as escolas secundárias, os órgãos dos serviços dos estabelecimentos de ensino superior universitário e dos institutos politécnicos (1818) e associações públicas (1819).

(1816) Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., p. 247, nota 546; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 494.

(1817) Neste sentido, embora à luz do regime anterior, acórdão do STA de 28.11.2002, processo n.º 01070/02.

(1818) A este propósito, e de acordo com a legislação anterior, vd. acórdão do STA de 02.09.1987, processo n.º 025 301, publ. in: apêndice do DR, de 16.08.1993; acórdão do STA de 21.01.1999, processo n.º 027 324; acórdão do STA de 21.06.2001, processo n.º 046 739; acórdão do STA de 24.10.2001, processo n.º 047 949; acórdão do STA de 22.05.2002, processo n.º 0747/02; acórdão do STA de 12.11.2002, processo n.º 01 379/02; acórdão do STA

E, naturalmente, não devem integrar o objecto próprio do processo que segue a forma de AAEUE as pretensões que são relativas a processos eleitorais que estão excluídos da jurisdição administrativa, quais sejam as eleições de natureza política, como constitui exemplo a eleição do Presidente da República, as eleições legislativas e legislativas regionais e as eleições autárquicas, cuja impugnação é feita perante outra jurisdição, a comum e a constitucional ⁽¹⁸²⁰⁾ (nos termos da Lei do Tribunal Constitucional) ⁽¹⁸²¹⁾. Contudo, segundo alguma doutrina, este processo tem ainda exclusividade perante os demais no que respeita a pretensões de impugnação da eleição para os vogais da junta de freguesia e para presidente e secretários da mesa da assembleia de freguesia bem como a eleição para presidente e secretários da mesa da assembleia municipal, a realizar nas sessões de instalação dessa assembleia, uma vez que estão excluídas da jurisdição constitucional, nos termos da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro) ⁽¹⁸²²⁾.

1.1.2. Este processo foi acolhido na nova lei processual administrativa nos artigos 97.º e ss., não tendo o legislador procedido a significativas alterações terminológicas e estruturais. Contudo, ainda assim, foi introduzida uma alteração que vai no sentido de limitar o conjunto de pretensões urgentes que podem constituir objecto do processo em causa. De facto, introduzida com algum propósito coincidente com as razões de celeridade, o legislador veio dispor no n.º 3, do artigo 98.º, que, salvo os actos que são relativos à exclusão ou omissão de eleitores ou elegíveis nos cadernos eleitorais, não podem ser objecto da impugnação autónoma os actos anteriores ao acto eleitoral (**1.1.2.1**). E quanto ao âmbito específico de questões que constituem o objecto do processo urgente eleitoral, cumpre notar que ele é agora mais reduzido, porque concentrado na impugnação do acto eleitoral (que inclui o acto propriamente dito e inclui assim também o procedimento de votação e apuramento de resultados) (**1.1.2.2**).

de 02.10.2002, processo n.º 01 372/02; acórdão do STA de 14.08.2002; acórdão do STA de 21.05.2002, processo n.º 0583/02; e acórdão do STA de 20.03.2003, processo n.º 0401/03.

⁽¹⁸¹⁹⁾ Neste sentido, e de acordo com a legislação anterior, vd. acórdão do STA de 02.09.1983, processo n.º 025 301, publ. in: Apêndice do *DR*, de 16.08.1993; acórdão do STA de 26.04.1995, processo n.º 037 093; acórdão do STA de 15.07.1998, processo n.º 043 884.

⁽¹⁸²⁰⁾ Neste sentido, vd. acórdão do STA de 03.04.1990, processo n.º 026 107, publ. in: Apêndice do *DR*, de 31.01.1995; acórdão do STA de 09.07.1991, processo n.º 023 975; acórdão do STA de 15.06.1993, processo n.º 031 838.

⁽¹⁸²¹⁾ Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE (*A justiça administrativa...*, cit., p. 247, nota 547) e MANUEL FREIRE BARROS («Um problema de legitimidade activa no contencioso eleitoral administrativo», *CJA*, 18, 1999, p. 22).

⁽¹⁸²²⁾ Neste sentido, vd. M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 494.

1.1.2.1. Decorre do direito ao processo efectivo e temporalmente justo a existência de um processo de duração curta para este tipo de *pretensões-de-urgência*. As pretensões em causa a realizar são sempre urgentes, uma vez que é a própria situação de carência de tutela judicial que tem natureza urgente. De facto, o tipo de questões a resolver não pode aguardar indefinidamente no tempo uma composição judicial, sendo que para o tipo de conflitos não é adequada a composição provisória. Assim, por um lado, é o processo eleitoral que tem, por si só, uma natureza não duradoira, uma vez que se realiza, iniciando-se e finalizando-se, num período de tempo relativamente curto. E, por outro lado, os mandatos dos titulares eleitos têm também uma duração limitada. Além disso, os órgãos a eleger são titulares de competências que precisam de ser exercidas, tanto para bem dos interesses públicos como dos interesses privados a que elas atendem. E, por isso, a sua regular designação e a imediata regularização da sua eleição configura-se como premente, uma vez que o exercício dos poderes funcionais atribuídos por lei aos órgãos em causa não pode ser diferido *ad infinitum*, já que a satisfação das necessidades colectivas e o exercício daquelas competências está dependente da designação daqueles órgãos ⁽¹⁸²³⁾.

1.1.2.2. Assim, se dantes, à luz da legislação antiga, e recorrendo à jurisprudência que foi ditada ao abrigo da legislação anterior ⁽¹⁸²⁴⁾, se considerava que o «contencioso eleitoral urgente não [integrava] somente os actos respeitantes às votações e respectivo apuramento, mas todos os demais actos, desde a marcação da eleição até à decisão final, transitada em julgado dos recursos do apuramento geral, senão mesmo ainda o acto de verificação de poderes dos candidatos eleitos», hoje, o processo que segue a forma de AAEUE tem por objecto as mesmas *pretensões-urgentes*, contudo, estas são concentradas naquele que diz respeito ao acto eleitoral propriamente dito, já que todos os actos prévios e formalidades intermédias, que se processam entre a inscrição nos cadernos ou listas eleitorais e a eleição, não são susceptíveis de impugnação autónoma, entendendo-se, então, que as irregularidades intermédias contagiam o acto final do processo eleitoral. E, por outras palavras, se o anterior processo urgente eleitoral tinha por objecto questões que englobavam não só o acto

⁽¹⁸²³⁾ Sobre este processo, embora à luz da legislação anterior, vd. acórdão do STA de 26.04.2001, processo n.º 047 502, acórdão do STA de 01.10.1998, processo n.º 44 180; acórdão do STA de 06.07.2000, processo n.º 046 236; acórdão do STA de 21.06.2001, processo n.º 046 739; acórdão do STA de 06.02.1997, processo n.º 041 303; acórdão do STA de 01.10.1998, processo n.º 044 180, publ. in CJA, n.º 18, 1999, pp. 20 ss.

⁽¹⁸²⁴⁾ Neste sentido, acórdão do STA de 15.06.93, processo n.º 31 838; acórdão do STA de 27.04.1993, processo n.º 30 750; acórdão do STA de 18.02.1999, processo n.º 044 546.

eleitoral em sentido estrito ou votação (e respectiva homologação ⁽¹⁸²⁵⁾) como abrangia também os actos conexos, nomeadamente os pré-eleitorais ⁽¹⁸²⁶⁾ (os relativos, nomeadamente, ao recenseamento, à marcação de eleições e à apresentação de candidaturas) e os pós-eleitorais ⁽¹⁸²⁷⁾ (relativos, designadamente, ao apuramento e à verificação de poderes dos candidatos eleitos) ⁽¹⁸²⁸⁾, o actual processo eleitoral impugnatório, que segue a forma de AAEUE, abrange a impugnação de um número mais reduzido de actos, uma vez que concentra na impugnação do acto eleitoral propriamente dito a impugnação das irregularidades ocorridas no respectivo procedimento (e previamente ocorridas), admitindo, contudo, a impugnação apenas de um tipo de actos pré-eleitorais, qual seja o relativo à exclusão ou omissão de eleitores ou elegíveis nos cadernos ou listas eleitorais.

Com a introdução desta novidade relativa à concentração numa impugnação unitária parece ter sido afastada aquela que era a jurisprudência dominante, em termos que, seguindo a *lógica do efeito cascata*, considerava que não se deveria poder avançar para a fase seguinte sem que as fases anteriores estivessem regularizadas. Ora, parece ter vingado outra ordem de razões, qual seja aquela que atende à economia processual e aquela que aponta para a celeridade, em detrimento da razão que apontaria para a apreciação separada de cada uma das fases do procedimento eleitoral. O afastamento do «princípio da aquisição progressiva dos actos» ⁽¹⁸²⁹⁾, que denuncia a obstinação do legislador pela urgência, pode, contudo, ser prejudicial, levando a que se tenha de repetir actos eleitorais ou que se tenha de anular actos eleitorais intercalares ou não definitivos.

Em termos de legitimidade, estando em causa a protecção efectiva dos direitos de eleger e ser eleito, podem lançar mão do processo eleitoral quem na eleição em causa seja eleitor ou elegível, bem como as pessoas em relação às quais, devendo existir a sua inscrição nos cadernos e listas eleitorais, haja, de facto, essa omissão ⁽¹⁸³⁰⁾. E, não obstante a lei processual administrativa

⁽¹⁸²⁵⁾ Neste sentido, acórdão do STA de 02.07.1998, processo n.º 039 233; acórdão do STA de 08.07.1999, processo n.º 038 228. Em sentido contrário, acórdão do STA de 15.07.1998, processo n.º 043 884.

⁽¹⁸²⁶⁾ Neste sentido, acórdão do STA de 15.06.1993, processo n.º 031 838; acórdão do STA de 02.10.2002, processo n.º 01 372/02; acórdão do STA de 14.08.2002, acórdão do STA de 21.05.2002, processo n.º 0583/02.

⁽¹⁸²⁷⁾ Neste sentido, acórdão do STA de 26.04.2001, processo n.º 047 502.

⁽¹⁸²⁸⁾ Seguimos MANUEL FREIRE BARROS, «Um problema...», cit., p. 25.

⁽¹⁸²⁹⁾ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., p. 248.

⁽¹⁸³⁰⁾ Neste sentido, acórdão do STA de 01.10.1998, processo n.º 44 180; acórdão do STA de 06.07.2000, processo n.º 046 236; acórdão do STA de 21.06.2001, processo n.º 046 739; acórdão do STA de 06.02.1997, processo n.º 041 303; acórdão do STA de 01.10.1998, processo n.º 044 180, publ. in: CJA, 18, 1999, pp. 20 ss.

não o mencionar expressamente, nada obsta a que o Ministério Público, no exercício das suas funções de defensor da legalidade democrática, o possa o fazer. E, como se apontou, este processo não é verdadeiramente um processo impugnatório, uma vez que o juiz não se limita a anular ou declarar nulo o acto impugnado. Porque este é um processo de plena jurisdição, ele pode (também) condenar a entidade em causa a realizar determinado comportamento em falta, designadamente, de repetição da votação ou de reforma do procedimento eleitoral (1831). Neste processo, o juiz, como não tem apenas poderes de natureza cassatória, não se limita a anular ou a confirmar o acto impugnado, mas resolve a questão em termos plenos, podendo, inclusive, condenar a entidade em causa a cumprir actos em falta, qual seja a condenação na admissão ou na exclusão da inscrição do interessado nas listas ou nos cadernos eleitorais. Assim, titular de poderes de plena jurisdição, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* pode ir muito mais longe, não se limitando a anular ou a declarar a nulidade de actos ilegais praticados no procedimento eleitoral, podendo fixar o próprio resultado eleitoral e intimar a entidade competente para proceder à reformulação do processo eleitoral, incluindo a intimação para repetição da eleição (1832).

1.2. O processo que segue a forma de AACUII é um processo expedito de condenação ou de imposição à Administração para uma especial prestação: a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões (1833). Estava já consagrado no artigo 82.º da anterior lei processual administrativa (LPTA) e é agora contemplado nos artigos 104.º e ss. do CPTA, tendo ganho a plenitude e autonomia que a doutrina e a jurisprudência já lhe vinham reconhecendo. De resto, esta nova configuração não surpreende, pois, após a revisão constitucional de 1989, o direito à informação procedimental ganhou foro de direito fundamental e o próprio direito à informação foi-se autonomizando de qualquer pretensão impugnatória administrativa ou judicial, revelando-se, pouco a pouco, como direito subjectivo. E não obstante a lei anterior a ter configurado como processo acessório de natureza instrumental (e cautelar), a doutrina já a vinha considerando como acção especial autónoma (1834) e a

(1831) Neste sentido, acórdão do STA de 21.07.1993, processo n.º 018 230, publ. in: Apêndice do *DR*, de 22.10.1986; acórdão do STA de 27.10.1992, processo n.º 029 758; acórdão do STA de 24.02.2000, processo n.º 045 786.

(1832) Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., p. 248; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., p. 272.

(1833) Sobre este assunto, vd. D. FREITAS DO AMARAL/M. AROSO DE ALMEIDA, *Grandes linhas...*, cit., pp. 94 ss.

(1834) Neste sentido, e em edições anteriores àquelas em que foram editadas depois da reforma do contencioso administrativo, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administra-*

jurisprudência, especialmente a do Supremo Tribunal Administrativo, já há algum tempo que não tomava em conta o elemento de acessoriedade previsto no n.º 1 do artigo 82.º, nos termos do qual a prestação de informação deveria pressupor o posterior uso dessa informação em meios administrativos ou contenciosos. E, a par deste novo impulso que o direito à informação administrativa foi ganhando no regime de direito substantivo, quer constitucional quer legal, o legislador de 2002/2003 deu-lhe nova configuração processual, em termos que os administrados podem através deste processo, que segue a forma de AACUII, realizar todas as *pretensões-urgentes-informativas*, quer esteja em causa o direito à informação procedimental, quer esteja em causa o direito de acesso aos documentos administrativos (incluindo a consulta, reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo) e a sua reutilização, nos termos da LARDA. Portanto, este processo realiza não só as *pretensões-urgentes* relativas ao exercício dos direitos fundamentais à informação procedimental, fundado na Lei Fundamental, no artigo 268.º, n.º 1, e nos artigos 61.º a 64.º do CPA, como também realiza a *pretensão-urgente* relativa à informação não procedimental, consagrado no artigo 268.º, n.º 2, da CRP e na LARDA, incluindo a pretensão relativa à reutilização de documentos pertencentes ao sector público, pela transposição de directivas comunitárias ⁽¹⁸³⁵⁾ **(1.2.1.)**. E, como este processo não abandonou por completo a sua anterior natureza, ele pode também reassumir a sua «função instrumental» ⁽¹⁸³⁶⁾ perante o processo que tem por objecto a pretensão emergente da prática ou omissão ilegal de actos administrativos e que segue o modelo de tramitação ordinário, em termos que os particulares e o Ministério Público, interessados na propositura de tal acção, podem obter a notificação integral de um acto administrativo, fazendo desencadeou esta intimação (nos termos do artigo 60.º, n.º 2) **(1.2.2.)**.

tiva..., cit., p. 196, nr. 40. E, no mesmo sentido, vd. J. M. SÉRVULO CORREIA, «O direito dos administrados à informação: *ubi ius, ibi remedium*», CJA, 5, 1997, pp. 3 a 14; JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, «Relevância prática da “intimação para consulta de documentos” na garantia jurisdicional do direito à informação dos administrados», CJA, 5, 1997, pp. 50 a 57; CATARINA S. CASTRO, «Direito à informação procedimental: os interesses e os interessados. Todos diferentes, todos iguais?», CJA, 31, 2002, pp. 42 ss.

⁽¹⁸³⁵⁾ A LARDA vem prever que, no que respeita ao direito de acesso aos documentos administrativos, é possível ao requerente queixar-se à CADA contra a falta de resposta, indeferimento ou outra decisão limitadora do acesso a documentos administrativos, sendo certo que a queixa interrompe o prazo para introdução em juízo de petição de intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões.

⁽¹⁸³⁶⁾ Neste sentido, reconhecendo a dupla natureza ao processo de intimação para prestação de informações, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., p. 280; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 258 e 259; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 521.

1.2.1. Os requisitos substanciais dos direitos à informação administrativa constam, claro está, da lei substantiva, mormente dos artigos 61.º, 62.º e 63.º do CPA, quanto à informação procedimental, e as disposições constantes da LARDA, onde se prevê designadamente o exercício do direito de acesso e de reutilização dos documentos administrativos e as restrições aos mesmos direitos. E a propositura desta acção urgente pressupõe o incumprimento pela Administração do dever de informar ou de notificar ⁽¹⁸³⁷⁾, na medida em que, à semelhança dos pressupostos previstos no artigo 67.º da CPTA, o processo tanto pode ser accionado quando a Administração permaneceu omissa como quando ela tenha respondido de forma não integral à pretensão informativa do particular. O direito dos particulares à informação é reconhecido constitucionalmente no artigo 268.º, n.º 1, da CRP e encontra o enquadramento legal no próprio princípio da colaboração da Administração com os particulares, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, alínea *a*), do CPA, e nos artigos 61.º a 64.º do CPA: os cidadãos têm direito a ser informados pela Administração sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. E para que ele seja cumprido basta que o particular requeira a informação à Administração e que os particulares sejam directamente interessados no processo. Este princípio desdobra-se, pois, como se vê, no direito à informação procedimental, que está previsto nos artigos 61.º a 64.º do CPA e que comporta três direitos distintos, a saber, o direito à prestação de informações (artigo 61.º), o direito à consulta de processo e o direito à passagem de certidões (artigo 62.º). Assim, os particulares que sejam directamente interessados têm, pois, o direito de ser informados sob qualquer das referidas formas sobre os procedimentos que lhes dizem respeito.

E é também passível de integrar o objecto deste processo a pretensão urgente relativa ao exercício do direito de acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização, um direito que existe independentemente de estar

⁽¹⁸³⁷⁾ No caso do acesso a documentos administrativos, o interessado pode exercer o seu direito de queixa junto da CADA, nos termos do artigo 15.º da LARDA, sendo que, como se afirmou, essa queixa interrompe o prazo para propositura da intimação. Se a CADA for convidada a intervir e se a entidade administrativa requerida não decidir ou se negar a prestação da informação, pode o particular *impugnar* junto dos tribunais administrativos as *decisões*, aplicando-se, com as devidas adaptações, as regras do processo de intimação para a prestação de informações, consulta de documentos e passagem de certidões. Enfim, esta disposição constante da LARDA (artigo 15.º, n.º 6) não deixa de ser curiosa, parecendo de difícil conciliação com o regime regra e a lógica constante do CPTA. Sobre os deveres de informação, mormente dos chamados deveres preparatórios, que visam a preparação e comprovação de pretensões do legitimado contra o obrigado, potencial adversário processual, e sobre a responsabilidade por informações, vd. JORGE SINDE MONTEIRO, «Responsabilidade por informações», CJA, 36, 20002, pp. 21 ss.

em curso qualquer procedimento administrativo e é regulado por disposições especiais: a LARDA. Qualquer pessoa tem direito de acesso aos documentos administrativos, o qual compreende os direitos de consulta, de reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo, e o direito à sua reutilização, de acordo com a lógica do sistema do arquivo aberto ou de Administração aberta, e os princípios da publicidade, da transparência, da igualdade, da justiça e da imparcialidade.

Assim, nos termos deste diploma, todos têm direito a informação mediante o acesso a documentos administrativos — o que inclui não só o direito a informação sobre a sua existência e conteúdo, a consulta gratuita, reprodução por fotocópia ou outro meio técnico, designadamente visual, sonoro ou electrónico, e a obtenção de certidão —, incluindo-se nesse direito o acesso a documentos nominativos, nomeadamente quando incluam dados de saúde, efectuado pelo titular da informação, por terceiro autorizado pelo titular ou por quem demonstre um interesse directo, pessoal e legítimo. Este diploma também compreende a reutilização de documentos relativos a actividades desenvolvidas pelas entidades pertencentes ao sector público, sendo certo que o pedido de reutilização de documentos — incluindo textos de convenções, de leis, de regulamentos, de relatórios e de decisões administrativas, judiciais ou de quaisquer órgãos ou autoridades do Estado ou da Administração — pode ser formulado por escrito pelo requerente, pessoas singulares ou colectivas, para fins diferentes daquele que esteve subjacente à sua produção pelos serviços públicos. A LARDA veio, pois, proceder à transposição para a ordem jurídica nacional da Directiva n.º 2003/98/CE, do Parlamento e do Conselho, de 17 de Novembro, relativa à reutilização de informações do sector público, sendo que a AACUII é a acção adequada para proceder à defesa e efectivação do direito à reutilização de informação constante de documentos dos serviços do sector público. Assim é, nos termos do artigo 23.º da LARDA, quando não seja dada integral satisfação ao pedido de reutilização formulado.

É certo que, nos termos do artigo 6.º da LARDA, o direito de acesso aos documentos administrativos aceita restrições, designadamente quando esteja em causa o acesso a documentos que contenham informações cujo conhecimento seja avaliado como podendo pôr em risco ou causar dano à segurança interna ou externa do Estado. E também admite restrição o pedido de acesso a documentos administrativos preparatórios de uma decisão ou constantes de processos não concluídos, acontecendo o mesmo no que concerne ao acesso a inquéritos e sindicâncias, bem como, claro está, a documentos nominativos quando o terceiro não está munido de autorização escrita da pessoa a quem esses dados dizem respeito ou não demonstra interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade, aplicando-se o mesmo aos documentos nominativos relativos às empresas, isto é, documen-

tos que contenham segredos comerciais, industriais ou informação sobre a vida interna de uma empresa. E certo também é que, nos termos do artigo 18.º da LARDA, do pedido de reutilização de documentos também se exclui um rol de documentos, incluindo os que contenham direitos de autor, sobretudo se a sua utilização configurar práticas de concorrência desleal, e documentos nominativos, salvo a autorização do titular, sendo possível proceder à autorização da reutilização condicionada à observância de determinadas imposições.

1.2.2. Como se percebe, o processo que segue a forma especial de AADUIII é assim concebido como processo principal autónomo para assegurar o direito à informação, o direito de acesso a documentos e o direito à reutilização dos mesmos, legal e constitucionalmente garantido, nos termos do artigo 268.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, artigos 61.º a 65.º do CPA e LARDA, e mantém igualmente a sua função instrumental, podendo ser accionado para obtenção de elementos indispensáveis à utilização de um meio administrativo ou processual. Ora, o processo que segue a forma especial de AACII pode servir para obter a notificação integral de um acto administrativo. E, neste caso, o interessado pode solicitar elementos que considere necessários para instruir uma acção impugnatória de um acto administrativo que pretende accionar: elementos que a Administração não integrou na notificação (publicação) do acto ou integrou de forma deficiente. Tal pedido pode contemplar a indicação do autor do acto, a data em que o acto foi praticado e os fundamentos da decisão, produzindo «efeito interruptivo» quanto aos prazos em curso para accionar este processo principal (artigo 106.º). A pretensão em causa é de natureza urgente, na medida em que o particular não pode aguardar pela prestação da informação. Na verdade, os interessados quando solicitam informações às entidades públicas, fazem-no por necessidade de recolher elementos de que necessitam para puderm desencadear mecanismos de tutela administrativa ou jurisdicional, pelo que a urgência decorre exactamente desta situação, de esta diligência constituir um primeiro passo daquela que vai ser a jornada, mais ou menos longa e temporalmente determinada, de exercício de garantias no seio dos tribunais.

2. A exclusividade e a imperatividade relativas da AAUIDF e da AAEUC

Cumprir notar que, em certas situações, a lei processual administrativa revela uma verdadeira preocupação pelas *situações-de-urgência*. E ainda bem. Ora, é exactamente por isso que se lamenta a alteração que a proposta de reforma do CPTA contém no que respeita à AACUII e à intervenção prévia e necessária da CADA na efectivação destas pretensões, demonstrando ser completamente despropositado o prazo de dois meses para que se lance mão da AACUII. Enfim, outras vezes, a lei processual administrativa traduz uma

excessiva obediência à urgência, no momento em que discrimina o objecto e os objectivos de cada um dos processos que seguem a tramitação urgente, de tal maneira que os modelos de tramitação urgente são disciplinados por um regime de absoluta excepção, quando comparados com o regime previsto no modelo de tramitação ordinário. Este aspecto é bem visível no processo que segue a forma da AAUIDF (2.1.). E outro aspecto que demonstra essa excessiva preocupação pela tramitação acelerada e o carácter de excepção prende-se, designadamente, com a previsão legal exaustiva das pretensões urgentes que são passíveis de formulação em cada um dos processos, em termos que o seu carácter reduzido tem como justificação manter a celeridade da tramitação. Esta preocupação é bem visível nos processos que seguem a forma de AAEUC (2.2.).

2.1. Dissemos há pouco que as *pretensões-urgentes* tipificadas na lei processual administrativa nos termos configurados no artigo 109.º, n.º 1, que são referentes ao exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia fundamental, devem constituir o objecto do processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, sendo que esta forma processual — a forma de acção administrativa urgente de intimação para protecção de direitos fundamentais (= AACUIDF) — apresenta-se como exclusiva e imperativa perante todas as outras. Ora, em primeiro lugar, isto significa que a lei processual configura um processo não urgente para a tutela de *pretensões-não-urgentes* referentes ao exercício de direitos, liberdades ou garantias, sendo que as mesmas, devendo integrar os processos que seguem o modelo de tramitação ordinária, tanto podem ser realizadas através da forma geral de AAE como da forma geral de AAC, dependendo do tipo concreto de *pretensões-não-urgentes* a realizar. Neste caso, cumpre dizer que tais processos podem fazer-se acompanhar de processos cautelares, uma vez que o *periculum in mora* pode afectar a efectividade desses processos. Aliás, cumpre dizer que se existir uma especial urgência em assegurar o efeito útil do exercício de um destes tipos de direitos, designadamente por existir uma possibilidade de lesão iminente e irreversível dos mesmos, a modalidade mais urgente do processo cautelar deve ser accionada ainda neste contexto (2.1.1.). E, em segundo lugar, isto significa que somente as *pretensões-urgentes* tipificadas e exactamente configuradas no artigo 109.º, n.º 1, que, no fundo, são, como veremos, somente as *pretensões-especialmente-urgentes-excepcionais*, é que são objecto do processo que deva seguir exclusiva e imperativamente a forma de AAUIDF ⁽¹⁸³⁸⁾ (2.1.2.).

⁽¹⁸³⁸⁾ Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais...», cit., esp. pp. 229 ss.; F. ALVES CORREIA, «Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdiccional efectiva», BFD, 79 (2003), pp. 63 ss., esp. pp. 82 ss.

2.1.1. Começamos, então, pelas pretensões relativas aos direitos fundamentais, mormente aquelas que são relativas a direitos, liberdades e garantias, cuja situação de carência de tutela não configure uma situação de urgência, isto é, não se identifique com uma situação em que o seu exercício em tempo útil, entenda-se em tempo presente ou actual, esteja ameaçado e cujo exercício não tenha de ser assegurado judicialmente de forma excepcional, *id est*: através de uma sentença de mérito que é proferida através de um processo sumário, tendo por base a realização de uma *summaria cognitio* — como veremos.

Enfim, antes de avançarmos para a explicação deste aspecto, cumpre explicar em que termos se podem vislumbrar as *pretensões-não-urgentes* que devem integrar o objecto próprio dos processos que seguem uma tramitação ordinária, ou que seguem a forma de AAE ou a forma de AAC. E aqui a escolha da forma processual a seguir deve fazer-se em função do critério estabelecido na lei processual administrativa, especialmente, nos artigos 35.º, 37.º, n.º 1, e 46.º, n.º 1, e artigos 4.º e 5.º, n.º 1, do CPTA. Em termos muito simples, cumpre, pois, notar que a lei processual administrativa determina que a tutela jurisdicional de direitos, liberdades e garantias se deve realizar prioritariamente através do modelo de tramitação ordinária, quer através da forma geral da AAE, quer através da forma geral da AAC, conforme esteja em causa uma *pretensão-não-urgente* relativa à prática ou omissão de acto ou relativa à prática ou omissão ilegal de norma.

E, lembrando o conteúdo do acórdão do TC n.º 5/2006, de 3 de Janeiro (processo n.º 912/05) ⁽¹⁸³⁹⁾, e do acórdão do TC n.º 198/2007 (processo n.º 49/07) ⁽¹⁸⁴⁰⁾, assim é porque vingam a este propósito as razões de segurança, de realização de garantias processuais e de certeza na administração da justiça.

⁽¹⁸³⁹⁾ Neste acórdão, que teve como relator o Conselheiro Mário Torres, o TC acordou «não julgar inconstitucional a norma do artigo 109.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, enquanto condiciona o uso do processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias à impossibilidade ou insuficiência, nas circunstâncias do caso, para asseguramento do exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade e garantia, do decretamento provisório de uma providência cautelar». Na verdade, o TC considerou que no «caso dos autos, [seria] manifesto que a conjugação da acção administrativa especial de impugnação da deliberação que determinou a reposição da quantia em causa, associada ao pedido de decretamento provisório de providência cautelar visando impedir a autoridade administrativa de executar de imediato tal deliberação, designadamente através da cobrança da garantia bancária prestada [seriam] idóneos e suficientes para tutelar os interesses legítimos da recorrente». Sobre este acórdão, vd. ANABELA COSTA LEÃO, «Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias — Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 5/06», JC, n.º 10, 2006, pp. 61 ss.

⁽¹⁸⁴⁰⁾ Neste acórdão, que teve como relator o Conselheiro Mário Torres, o TC reiterou precisamente a posição afirmada no acórdão n.º 5/2006.

O carácter residual da acção administrativa urgente de intimação para a defesa de direitos fundamentais justifica-se, pois, à luz dos princípios do *processo justo*. E tal cuidado na escolha da forma mais sumária de tutela dos direitos em causa também se justifica tendo em conta o regime de excepção que o mesmo apresenta e que contempla os seguintes aspectos: a sentença final que determina o comportamento a adoptar pela entidade requerida, pode especificar o comportamento concreto a tomar, a entidade que o deve adoptar e o prazo em que o deve fazer; a sentença pode inclusive traduzir-se na condenação da Administração na prática de um acto administrativo ou na intimação à Administração para executar um acto já praticado, sendo que, nestes casos, porque falamos de actos estritamente vinculados, a sentença pode produzir um efeito sub-rogatório, visto que a sentença pode produzir os efeitos do acto administrativo que a Administração deveria ter praticado, concretizando assim uma antecipação do processo executório.

Contudo, cumpre notar que, existindo um prejuízo decorrente da demora processual, que possa traduzir-se na ameaça de formação de uma situação de facto consumado ou na ameaça de produção de um prejuízo de difícil reparação, o processo cautelar comum pode ser accionado na dependência desse processo principal. Com efeito, seguindo-se uma via ordinária de tramitação, e sempre que, neste contexto, se configure uma *pretensão-urgente-atípica*, que decorra da demora de um destes processos e cuja tutela judicial possa concretizar-se de forma provisória, então tais pretensões devem seguir a forma de acção urgente cautelar, sendo que tratando-se de uma situação de especial urgência, por existir, designadamente, ameaça de lesão iminente ou ameaça de lesão irreversível, as *pretensões-urgentes* relativas a direitos, liberdades e garantias podem seguir a forma legal do processo cautelar consagrada no artigo 131.º do CPTA. Enfim, tudo somado, apura-se que os particulares apenas podem lançar mão da AAUIDF quando excepcionalmente se justifique o seu emprego ⁽¹⁸⁴¹⁾.

2.1.2. O processo que segue a forma de AAUIDF tem, pois, um carácter residual. Mas isso não significa que não seja exclusiva e imperativa, atendendo aos pressupostos configurados na lei processual administrativa, espe-

⁽¹⁸⁴¹⁾ Sobre este assunto, vd., por exemplo, acórdão do TCA-N de 26.01.2006, processo n.º 01 157/05.OBEBRG, relativo a um pedido de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, dirigido contra o município de Viana do Castelo, a fim de assegurar a protecção da integridade física e psíquica de um particular e sua família. O meio processual não foi considerado adequado, uma vez que em causa estava o ruído provocado pelo funcionamento de oficina de carpintaria sem licença, que já funcionava há mais de dois anos nas mesmas condições, naquele mesmo local.

cialmente nos artigos 109.º, n.º 1, do CPTA. Esta acção processual é inovadora a vários níveis. E, de facto, a intimação já foi considerada como uma das principais e mais inovadoras alterações introduzidas pela reforma da legislação contenciosa administrativa. Com certeza, a importância da previsão da intimação urgente e prioritária de direitos, liberdades e garantias, no domínio do contencioso administrativo, também resulta do facto de em Portugal não estar consagrado um «recurso constitucional» para sua protecção, nem de tipo alemão (*Verfassungsbeschwerde*) para efectivação de todos os direitos fundamentais, nem do tipo espanhol (*Recurso de amparo*) para efectivação de um conjunto específico desses direitos. Nesta perspectiva, esta intimação veio responder a necessidades e propostas já conhecidas e tão evidenciadas após a 4.ª revisão constitucional, depois de ter sido acrescentado o n.º 5, no artigo 20.º, exactamente para consagrar o direito a procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade para tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de direitos, liberdades e garantias pessoais ⁽¹⁸⁴²⁾.

Não se pense, contudo, que é fácil determinar quais são as *pretensões-urgentes-especiais* que deve seguir a forma de AAUIDF e quais são aquelas que devem seguir a forma do processo cautelar, mormente da forma consagrada no artigo 131.º do CPTA. E a dificuldade resulta exactamente do seu carácter residual em face do decretamento provisório de uma providência cautelar, já que atendendo à letra da lei, a intimação só «pode ser requerida quando a célere emissão de uma decisão de mérito [...] se revelar indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento provisório de uma providência cautelar». Ora, como resulta da leitura da norma, a intimação só pode ser accionada quando se estiver perante situações de especial urgência e não perante *situações-de-urgência* que podem ser tuteladas por via do processo cautelar comum. Depois, a providência cautelar urgentíssima, prevista no artigo 131.º deve demonstrar impossibilidade ou insuficiência para realizar a *pretensão-jurídica-especialmente-urgente*, relativa ao exercício em tempo útil do direito, liberdade ou garantia ameaçados ⁽¹⁸⁴³⁾. Ora, em todo o caso, a impossibilidade e insuficiência da tutela cautelar podem revelar-se pelo facto de a tutela da situação de carência em causa não se compadecer com a emissão de uma *decisão-de-urgência-*

⁽¹⁸⁴²⁾ A este propósito, vd. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., pp. 501 e 502; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., pp. 356 ss., esp. p. 356, nr. 82, e p. 360; JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional...*, cit., pp. 256 ss., esp. p. 260.

⁽¹⁸⁴³⁾ Sobre este assunto, vd. os exemplos apresentados no nosso *Dos novos processos urgentes...*, cit., pp. 74 ss.; IDEM, «O processo cautelar comum no novo contencioso administrativo: por novos caminhos de tempo dividido», SI, n.º 299, 2004, p. 256.

-provisória e exigir algo bem diferente disso. Com efeito, pressupõe-se que o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* para assegurar o exercício em tempo útil do direito, liberdade ou garantia deve proceder à resolução definitiva da questão litigiosa existente entre as partes, não sendo, pois, suficiente ou possível o decretamento de uma qualquer providência que seja meramente cautelar e, por isso, provisória. Aliás, a verificação do pressuposto negativo de admissibilidade da intimação, em que se traduz aquele último, que exige que a providência cautelar se revele na situação em causa não só insuficiente como impossível, está, segundo pensamos, intimamente ligado à natureza da decisão provisória que é proferida num processo em que se concretiza a técnica da acessoriedade-instrumentalidade — e não somente conectada com a modalidade de decretamento provisório da providência cautelar ⁽¹⁸⁴⁴⁾ (2.1.2.1).

2.1.2.1. É verdade que este processo foi criado no contencioso administrativo para concretização do imperativo constitucional (artigo 20.º, n.º 5) — que assim se constituiu como uma espécie de *recurso de amparo* para efectivar no próprio domínio da justiça administrativa a protecção de direitos, liberdades e garantias. A sua criação não resulta, na verdade, apenas do imperativo constitucional. Considerando os imperativos do direito internacional, mormente os decorrentes da CEDH, e constitucionais e atendendo ao quadro sócio-cultural de preferências pelo *instantâneo* e pelo *tempo curtíssimo*, o legislador português veio, na realidade, consagrar no CPTA um *regime especial para os serviços judiciais de urgência* e é precisamente nele que se inclui este processo que segue a forma de AAUIDF. E, de facto, a escolha do legislador ordinário para concretizar o ditame veiculado no n.º 5, do artigo 20.º da CRP, foi exactamente a criação de um processo que segue a forma urgente de intimação — um processo urgente, que, distinguindo-se bem, por exemplo, do processo que no sistema do contencioso administrativo francês também visa assegurar o exercício em tempo útil de liberdades fundamentais, o *référé-liberté*, é configurado, entre nós, no seio da lei processual administrativa, como processo simplificado e abreviado, como veremos, e que desemboca na emissão de uma decisão de fundo. Na verdade, é um processo que visa proporcionar uma tutela de mérito a um direito fundamental da categoria de direitos, liberdades e garantias, ameaçados, no seu exercício útil, por um compor-

⁽¹⁸⁴⁴⁾ A este propósito, vd. ANABELA F. DA COSTA LEÃO, «A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias. Sob o signo da urgência», in: *Estudos de direito público*, coordenação JOÃO CAUPERS/JORGE BACELAR GOUVEIA, Lisboa, 2006, pp. 355 ss., esp. pp. 395 ss.; JOÃO CAUPERS, *Introdução...*, cit., pp. 350 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 238 ss.; CARLA AMADO GOMES, «Pretexto, contexto...», cit., pp. 556 ss.

tamento positivo ou omissivo da Administração Pública ou de um particular (designadamente, um concessionário), quando, nomeadamente, a lesão desses direitos fundamentais do interessado resulte de omissão da Administração.

Uma das primeiras vezes que os tribunais administrativos foram chamados a tutelar um direito fundamental através da AACUIDF foi relativa ao caso da *ameaça de demolição de moradias da Arrábida*. Neste caso, as requerentes, tendo tido conhecimento pelos canais televisivos da RTP que o Ministro do Ambiente havia manifestado a intenção de proceder à iminente demolição de 4 moradias, sitas no Parque Nacional da Arrábida, entre as quais aquelas de que eram proprietárias, requereram, ao abrigo dos artigos 109.º e ss. do CPTA, a intimação judicial para protecção de direitos, liberdades e garantias, contra o Primeiro-Ministro e o Ministro do Ambiente, no sentido de estes se absterem de praticar qualquer acto que [pusse] em causa os princípios constitucionais e legais do ordenamento jurídico, nomeadamente, qualquer acto administrativo que [possibilitasse] as anunciadas demolições, sem a existência dos respectivos títulos executivos» (1845). E como mencionou o Supremo no acórdão *sub judice*, através desta «via preferente e sumária», o juiz administrativo veio ganhar «um poder de injunção» que lhe permite «adoptar todas as medidas necessárias a salvaguardar o exercício em tempo útil dos direitos, liberdades e garantias», impondo à Administração a adopção de uma conduta positiva ou negativa. Se esta afirmação é já comum na jurisprudência, mais difícil é determinar quais são as *pretensões-urgentes-excepcionais* que devem seguir a forma de AAUIDF ou a forma da AUC. E assim é porque estamos a falar de *pretensões-urgentes-especiais*, sendo que as que integram o objecto deste processo principal são somente algumas daquele tipo, as que se configurem como *pretensões-urgentes-excepcionais*, isto é, as pretensões que sendo especialmente urgentes não podem ser objecto do processo cautelar sumaríssimo. Enfim, a dificuldade resulta por duas ordens de razões. A primeira resulta exactamente do seu carácter residual em face do decretamento provisório de uma providência cautelar (2.1.2.1.1.) e a outra, talvez não tão complexa, decorre do núcleo de direitos, liberdades e garantias que são objecto de tutela através da AAUIDF (2.1.2.1.2.).

2.1.2.2.1. Aquele que foi o primeiro acórdão do STA que versou sobre esta forma de acção especial deu algumas respostas para as incertezas que as novidades introduzidas no regime da intimação foram gerando, *maxime* aque-

(1845) Este processo é relativo ao caso da *demolição de moradias da Arrábida/2004* que foi decidido pelo acórdão do STA de 18.11.2004 (processo n.º 978/04).

las que respeitam aos pressupostos de admissibilidade do pedido de intimação e ao âmbito de aplicação da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. E, neste sentido, e não se distanciando do entendimento da doutrina, o Supremo esclareceu que os pressupostos de admissibilidade do pedido de intimação são dois: *primo*, «a necessidade de emissão urgente de uma decisão de fundo do processo que seja indispensável para protecção de um direito, liberdade ou garantia; *secundo*, que não seja possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento provisório de uma providência cautelar, segundo o disposto no artigo 131.º do CPTA. Assim, não obstante o reduzido conteúdo da fundamentação, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo, no caso *da ameaça de demolição das moradias da Arrábida*, permite perceber que nas circunstâncias do caso, «bastaria às requerentes solicitar o decretamento provisório de uma providência cautelar (eventualmente, da suspensão de eficácia do acto administrativo que viesse a determinar as referidas demolições», tendo o tribunal superior entendido que, no caso concreto, não se verificaria, por isso, o pressuposto a que alude a parte final do n.º 1 do artigo 109.º do CPTA, já que a tutela cautelar seria suficiente para atingir os fins prosseguidos pelas requerentes, a saber: evitar a concretização das demolições através de acto administrativo.

Como resulta de uma leitura rigorosa da lei, a intimação só pode ser accionada quando a providência cautelar urgentíssima, prevista no artigo 131.º, se revelar impossível ou insuficiente para, nas circunstâncias do caso efectivar a tutela dos direitos fundamentais ameaçados. Ora, esta situação pode configurar-se quando, no caso concreto, a *pretensão-urgente-especial* se configurar como *pretensão-urgente-excepcional*, isto é, quando o exercício em tempo útil do direito, liberdade ou garantia exija, por parte do tribunal, uma solução actual que deva definir a questão de fundo, sendo que uma simples providência cautelar apresenta nestes casos insuficiência e impossibilidade para assegurar o exercício em tempo útil dos direitos fundamentais em causa. Aliás, a verificação do pressuposto negativo de admissibilidade da intimação, em que se traduz aquele último, que exige que a providência cautelar se revele na situação em causa não só insuficiente como impossível, está intimamente ligado à natureza provisória da decisão que é proferida no processo acessório (ou cautelar) — e não somente conectada com a característica do decretamento provisório da providência cautelar, como já mencionámos nas considerações introdutórias.

E naquele que foi o primeiro processo mediático, através do qual se solicitou a intimação de entidades públicas para se absterem de, por qualquer meio, obstar ao exercício dos direitos fundamentais alegados — o processo que incidiu sobre o caso do barco *Borndiep*, em Agosto de 2004 — o tribunal não hesitou em considerar preenchidos os pressupostos de que já falámos.

E, portanto, este processo, que versou sobre o caso *women on waves*, é um bom exemplo da aplicação das disposições que disciplinam a admissibilidade deste processo ⁽¹⁸⁴⁶⁾. E, claro está, tendo em conta que a situação de especial urgência invocada assentaria no facto de o *Borndiep* ter sido fretado por um período de uma semana, de 30 de Agosto até ao dia 12 de Setembro, para servir de palco a uma iniciativa de promoção do debate e esclarecimento sobre saúde sexual e reprodutiva, e uma vez que o mesmo deveria impreterivelmente regressar à Holanda no final da semana, devendo ser entregue ao armador em 17 de Setembro, o tribunal optou pelo processo mais simplificado e abreviado, tendo decidido que estariam preenchidos os pressupostos previstos no artigo 111.º, n.º 1, para a realização de uma audiência pública — como, aliás, tinha sido requerida pelo autor ⁽¹⁸⁴⁷⁾. Neste contexto, ficou claro que, quanto aos pressupostos de admissibilidade do processo, se exigiu, em primeiro lugar, uma *especial-situação-de-urgência*, por estar em causa uma ameaça iminente e irreversível ao exercício do direito em causa. E, foi considerado, em segundo lugar, que para proceder à tutela do direito em causa, seria necessário proceder à total apreciação da *quaestio iuris* referente ao conflito, pelo que seria incompatível com o decretamento da tutela judicial do exercício dos direitos invocados a emissão de uma decisão pautada pela provisoriedade. E tanto assim é que, o tribunal deveria proceder à total antecipação do juízo de mérito referente à questão jurídica a resolver, sendo que, devendo resolver a questão

⁽¹⁸⁴⁶⁾ Lembrando os factos, o processo foi accionado por quatro associações portuguesas, aquelas que convidaram a *women on waves* a desenvolver em Portugal certas iniciativas relativas à liberdade sexual e à despenalização do aborto. Uma vez que, para este efeito, seria necessária a utilização do navio *Borndiep*, aquelas entidades solicitaram ao Instituto Português dos Transportes Marítimos do Centro (IPTMC) a devida autorização para que a aquela embarcação pudesse entrar em águas portuguesas e pudesse atracar no porto da Figueira da Foz. Nesta sequência, o Presidente do Conselho de Administração do IPTMC, tendo tido conhecimento do conteúdo do Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos do Mar, através do qual proíbia a passagem do *Borndiep* pelo mar territorial português, não autorizou a sua atracagem no Porto da Figueira da Foz. Neste contexto, e porque a *women on waves* apenas poderiam dispor daquele navio por um período de dez dias, as promotoras da vinda daquele navio apresentaram no TAF de Coimbra o pedido de intimação urgente para protecção de direitos, liberdades e garantias, tendo invocado a extrema urgência na resolução do caso. E assim accionaram esta acção contra o Ministério da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar e o Instituto Português e dos Transportes Marítimos, tendo invocado a violação de diversos direitos e liberdades fundamentais — a liberdade de expressão, os direitos de informação, associação, manifestação e reunião e o direito de livre circulação — que, para as promotoras de tal iniciativa, resultaria directamente da proibição de entrada do navio no mar territorial português e da proibição de o mesmo barco atracar no porto da Figueira da Foz.

⁽¹⁸⁴⁷⁾ Sobre este caso, vd. WLADIMIR BRITO, «Caso *Women on Waves* e o seu navio *Borndiep* — Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias», RMP, n.º 104, 2005, pp. 177 ss.

litigiosa existente entre as partes, não haveria lugar para a emissão de uma decisão provisória, já que a resolução não poderia ser parcial e interinamente resolvida. Depois, também não haveria lugar para uma decisão provisória, porquanto a *pretensão-jurídica* em causa só tinha existência num quadro temporal determinado, só existindo verdadeiramente na dimensão do tempo presente, até à data de 17 de Setembro, uma vez que o tribunal ou decidia na altura ou deixaria de poder decidir mais tarde, já que a mesma *questão-jurídica* iria desaparecer depois dessa data. De facto, uma vez que o *Borndiep* deveria regressar à Holanda, só haveria um momento, aquele momento, para decidir e para assegurar o exercício em tempo útil dos direitos e liberdades alegados como existentes e ameaçados no seu exercício. Aliás, foi exactamente por isso que, mais tarde, no contexto do recurso jurisdicional interposto da sentença do TAF de Coimbra de 06.09.2004, processo n.º 496/04.1.3BECER, o TCA-N veio declarar a inutilidade superveniente da lide, uma vez que já não fazia sentido decidir⁽¹⁸⁴⁸⁾, por se ter esvanecido a *quaestio iuris*. De facto, não é de estranhar que sejam frequentes as situações em que o TCA vem, em sede de recurso jurisdicional, declarar extinta a instância por inutilidade superveniente⁽¹⁸⁴⁹⁾, pois, o desaparecimento da pretensão jurídica e a facilidade de esta transitar para a dimensão do passado é exactamente uma faceta que permite identificar a *situação-de-urgência-excepcional* a que alude o artigo 109.º do CPTA. Enfim, neste caso, não haveria dúvida de que o processo de intimação seria adequado para tutelar aquela *pretensão-urgente-especial-excepcional*, já que o processo cautelar seria insuficiente e impossível, dadas as suas características da *acessoriedade-instrumentalidade* e de provisoriedade⁽¹⁸⁵⁰⁾. Aliás, se não se tivesse tratado de

⁽¹⁸⁴⁸⁾ A este propósito, vd. acórdão do TCA-N de 16.12.2004, processo n.º 496/0.1BECBR.

⁽¹⁸⁴⁹⁾ Não é de facto um acaso que tal tipo de questões não possa ser decidido posteriormente, uma vez que as pretensões jurídicas só têm existência na dimensão do tempo presente. A este propósito, vd. o acórdão do TCA-S de 18.05.2006, processo n.º 1498/06, no qual o TCA-S vem declarar a inutilidade superveniente da lide do recurso referente ao indeferimento do processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, accionado por um candidato às eleições presidenciais com vista a poder participar nos debates televisivos, dos quais se viu afastado durante o período de campanha eleitoral. De facto, decorrido o acto eleitoral de 22 de Janeiro de 2006, seria impossível realizar a pretensão do candidato a participar nos debates que decorreram entre os dias 5 a 20 de Dezembro. No mesmo sentido, vd. acórdão do TCA-S de 17.11.2005, processo n.º 1130/05, no qual foi declarada a inutilidade da decisão que viria a decidir o recurso interposto pela FENPROF do indeferimento do pedido de intimação com vista a anular a decisão ministerial que havia fixado os serviços mínimos por ocasião de uma greve marcada para os dias 20 a 23 de Junho de 2005.

⁽¹⁸⁵⁰⁾ A propósito de outros casos em que se colocou o mesmo problema da insuficiência e impossibilidade do processo cautelar, vd. acórdão do TCA-N de 26.01.2006, processo

uma pretensão relativa a um direito, liberdade ou garantia, também só faria sentido emitir uma *decisão-de-urgência* ao abrigo do processo previsto no artigo 121.º do CPTA.

Não basta, portanto uma simples *situação-de-urgência* para que seja legítimo o uso deste meio de tutela jurisdicional. Sabemos que a tutela de urgência pode ser obtida igualmente através do recurso a um meio de tutela cautelar. O requisito da subsidiariedade previsto no artigo 109.º do CPTA impõe que à *situação-de-urgência* simples se acrescente uma qualificação. É certo que podemos questionar se esta leitura do artigo 109.º do CPTA não será uma leitura restritiva, que restrinja o direito de acesso à tutela jurisdicional efectiva e o direito de acesso aos tribunais. O TC, no mencionado acórdão n.º 5/2006, veio sublinhar tal entendimento, tendo esclarecido que, «da parte final do n.º 1 do referido artigo 109.º — que condiciona a admissibilidade do uso do processo de intimação à impossibilidade ou insuficiência, para a apontada finalidade, do decretamento provisório de uma providência cautelar — resulta a subsidiariedade daquela figura face aos meios cautelares, de acordo com um critério que radica essencialmente na adequação, perante a situação concreta, de uma sentença provisória ou de uma sentença de mérito definitiva», sendo certo que tal interpretação normativa, «aliás, em perfeita consonância com a literalidade do preceito legal», «não viola os direitos constitucionais de acesso aos tribunais e de tutela jurisdicional efectiva» sendo, em suma, legítimo e conforme com o ditame constitucional configurar a natureza residual do mecanismo. Afinal, para que tais direitos sejam satisfeitos, segundo o TC, é necessário que exista uma «previsão legal de mecanismos processuais que possibilitem, de modo adequado e suficiente, aos interessados a defesa dos seus direitos perante os tribunais, mas obviamente não asseguram a todos eles o sucesso nas suas pretensões».

2.1.2.1.2. O outro problema tem que ver com o tipo de direitos, liberdades e garantias que são contemplados por esta via urgente. Assim,

n.º 1157/05.0BEBRG (no qual o processo para intimação foi considerado impróprio, uma vez que os particulares residentes no Município de Viana do Castelo apenas lançaram mão deste processo com vista a obter a intimação do órgão camarário para proceder ao encerramento de uma carpintaria que causaria ruído e perturbação da tranquilidade e do sossego local, sendo que os mesmos só lançaram mão do processo depois de decorridos dois anos desde que tal oficina se instalara no local). A propósito da falta de idoneidade do processo de intimação por ser possível o processo cautelar, vd. acórdão do TCA-N de 19.05.2005, processo n.º 1102/04.0BEBRG; acórdão do TCA-N de 29.09.2005, processo n.º 534/05.0BEVIS; acórdão do TCA-S de 16.02.2005, processo n.º 542/05; e vice-versa, isto é, situações em que se nega a providência antecipatória por tal pretensão dever ser realizada através da intimação. Vd. acórdão do TCA-N de 17.02.2005, processo n.º 573/04.9BECBR.

o Supremo, naquele primeiro processo que citámos, foi muito constitucionalista. E, porque entendeu que a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias resulta da «efectiva concretização do ditame veiculado no n.º 5, do artigo 20.º da CRP», que dispõe que «para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter a tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos», considerou no aresto que este processo urgente só inclui no seu âmbito a defesa de direitos, liberdades e garantias de carácter pessoal, deixando de fora todos os direitos *não pessoais*. Ora, até à prolação do aresto *sub judice*, a doutrina vinha afirmando que a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias teria sido legitimamente concretizada de molde a integrar no seu âmbito os direitos, liberdades e garantias pessoais — ou seja, o núcleo duro da imposição legiferante que decorre do n.º 5 do artigo 20.º da Lei Fundamental — e outros, situados fora do capítulo I, do Título II, destituídos dessa natureza exclusivamente pessoal. Com efeito, *ex vi* dos artigos 16.º e 17.º da CRP, justifica-se que àqueles se acrescentem os de participação política e outros direitos subjectivos fundamentais de natureza análoga, consagrados na Constituição em lugar diferente dos catalogados como direitos, liberdades e garantias, constantes de leis e das regras de direito internacional. Enfim, de um modo geral, a doutrina tem vindo a afirmar que a intimação poderá servir tanto os *clássicos* direitos fundamentais como outros menos *clássicos*, sendo que não se deve, sem mais, descartar a possibilidade de a resolução dos conflitos jurídico-administrativos em matéria ambiental ou dos que respeitem ao direito dos estrangeiros, *de asilo*, *de comunicação* e *assistência* e *de reagrupamento familiar*, acontecer por via deste processo que segue a forma de AAUIDF.

É certo que, como vimos, esta compreensão doutrinal nem sempre foi partilhada pelo Supremo, uma vez que, tendo, em tempos, procedido a uma leitura *constitucionalista* daquele regime legal, explicou que os direitos, liberdades e garantias contemplados na intimação são aqueles que possuem natureza pessoal. Na verdade, e a propósito em concreto do direito, liberdade e garantia em causa ameaçado, o STA considerou que «as requerentes não referenciaram minimamente um direito, liberdade ou garantia pessoal que fosse merecedor da tutela, uma vez que a petição não permitia reconhecer uma qualquer situação jurídica individualizada susceptível de se integrar no conceito de direito, liberdade ou garantia pessoal», parecendo assim abrir mão desta modalidade de protecção acrescida. Não parece, contudo, que deva assim considerar-se, tanto mais quanto o *alargamento* encontra justificação, quer na especial ligação de tais direitos à dignidade da pessoa humana, quer na igual necessidade

de protecção urgente ⁽¹⁸⁵¹⁾. Julgamos mesmo que o alargamento acontecerá obrigatoriamente, tendo em conta o regime constante dos artigos 16.º e 17.º da CRP e contando que a destrição entre a natureza dos direitos fundamentais não fique mais clara. Afinal, se assim não se entender, poderá existir arbítrio na escolha dos direitos a tratar prioritariamente e poderá existir uma redução da operatividade de um processo, que já é bem diminuída por causa do seu carácter residual.

Em suma, a propósito do âmbito da intimação urgente, entendemos que não deve proceder-se a uma leitura constitucionalista, não servindo como razão o facto de o legislador não ter distinguido e o facto de o texto constitucional apenas impor ao legislador ordinário a previsão de um processo célere e prioritário para os direitos, liberdades e garantias pessoais. Há, de facto, razão para se pensar de modo distinto e pensar que este pode estender-se quer aos direitos, liberdades e garantias de participação política ⁽¹⁸⁵²⁾, quer aos direitos liberdades e garantias dos trabalhadores ⁽¹⁸⁵³⁾, desde que sejam direitos, liberdades e garantias, incluindo tanto os previstos no catálogo como também outros, de análoga natureza, consagrados fora do catálogo (na Constituição, no direito internacional ou na lei). E, assim, vislumbram-se razões para que tal objecto integre *pretensões-urgentes-excepcionais* relativos aos *clássicos* direitos fundamentais como também aos *novos* ⁽¹⁸⁵⁴⁾, ditos *direitos de solidariedade*.

⁽¹⁸⁵¹⁾ Em suma, para além de ter concluído que «[não se estaria] perante uma situação que justificasse a tutela especial que concede o processo de intimação, por não se ter apurado qualquer conduta da Administração, sujeita ao direito administrativo susceptível de infringir ou ameaçar infringir qualquer princípio ou norma do ordenamento jurídico relativo ao exercício de direitos, liberdades ou garantias pessoais das requerentes», do acórdão do Supremo também pode concluir-se que a perspectiva de protecção acrescida contida na intimação urgente, por contraste com o *indirizzo* mínimo de protecção exigida pelo preceito constitucional (n.º 5 do artigo 20.º), é aparentemente descartada pelo Supremo. Também o TCA-N parece ter adoptado o mesmo entendimento no acórdão de 16.12.2004, processo n.º 496/04.1BECBR. Contudo, já no acórdão de 13.01.2005, processo n.º 203/04.9BEMDL, o TCA-N considerou que a intimação abrange na sua previsão ou âmbito não apenas os direitos, liberdades e garantias pessoais, como estabelece o artigo 20.º, n.º 5 da CRP, mas também direitos, liberdades e garantias do Título II, da Parte I da CRP, incluindo os de natureza análoga (artigo 17.º). Em outros acórdãos, o TCA-S não manifestou expressa intenção de restringir o âmbito da intimação aos direitos, liberdades e garantias pessoais, vd. acórdão de 01.09.2004, processo n.º 252/04, e acórdão de 30.09.2004, processo n.º 270/04. Sobre este assunto, vd. acórdão do TCA-N de 13.01.2005, processo 203/04.9BEMDL (no qual se alarga claramente o âmbito do processo a direitos, liberdades e garantias de natureza análoga aos catalogados).

⁽¹⁸⁵²⁾ A este propósito, considere-se a posição de J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., p. 360, nr. 90.

⁽¹⁸⁵³⁾ Sobre a necessária extensão de processos céleres e prioritários, para além do núcleo reduzido dos direitos, liberdades e garantias, a que o texto constitucional se refere no artigo 20.º, n.º 4, vd. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 502.

⁽¹⁸⁵⁴⁾ Sobre este assunto, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., pp. 62 ss.; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito...*, cit., pp. 23 ss.

A título de exemplo, e podendo seguir-se uma lógica amiga do ambiente, pode pensar-se na possibilidade de o direito ao ambiente, enquanto (eventual) direito fundamental, que (eventualmente) goza do regime dos direitos, liberdades e garantias ⁽¹⁸⁵⁵⁾, obter protecção através deste meio. Aliás, não custará a aceitar que a resolução dos conflitos jurídico-administrativos em matéria ambiental, quer digam respeito a relações entre particulares, quer a actuações ou omissões da Administração lesivas do ambiente, seja alcançada por via da intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, se no caso concreto os seus pressupostos se verificarem ⁽¹⁸⁵⁶⁾.

Aliás, no contexto da protecção jurisdicional do direito de asilo, houve uma altura que defendemos que o mesmo pudesse obter a defesa acrescida por esta via processual, tanto mais quanto se tinha em conta que o anterior regime referente à concessão de asilo fixava ritmos procedimentais temporalmente incompatíveis com o exercício de garantias processuais, anulando a efectividade da tutela jurisdicional que se impunha neste domínio, tanto mais que o próprio processo cautelar se revelada insuficiente para garantir ao requerente de asilo o direito ao processo efectivo e temporalmente justo ⁽¹⁸⁵⁷⁾.

⁽¹⁸⁵⁵⁾ Sobre este assunto, vd. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito...*, cit., pp. 23 ss.

⁽¹⁸⁵⁶⁾ Neste sentido, M. AROSO DE ALMEIDA, «Tutela jurisdicional em matéria ambiental», in: *Estudos de direito do ambiente*, Porto, 2003, pp. 91 e 93.

⁽¹⁸⁵⁷⁾ E, na verdade, a este propósito tinha-se presente o conteúdo da Lei n.º 15/98, de 26 de Março, e os prazos excessivamente curtos nela previstos, impedindo o exercício de garantias contenciosas pelos titulares dos direitos em causa. Lembrando esse regime, a solução acolhida pressupunha prazos relativamente curtos, quer para exercício de recurso da decisão de inadmissibilidade do pedido de asilo (que seria de 8 dias quando dirigido ao Tribunal Administrativo de Círculo, nos termos do artigo 16.º, n.º 2), quer para a execução de consequências resultantes da decisão de inadmissibilidade do pedido de asilo — como designadamente, estando em causa a situação de clandestinidade, nos termos do qual a expulsão do estrangeiro aconteceria no prazo de 10 dias, no caso de este não ter abandonado voluntariamente o país (artigo 15.º, n.º 1). Ora, tendo em conta esse regime antigo, facilmente se percebia que a solução acolhida dificilmente se conciliaria com o direito de acesso ao processo temporalmente justo e efectivo, já que seria incompatível com os prazos mais dilatados, previstos na disciplina geral do contencioso administrativo. É certo que há quem questione se o direito de asilo, que se traduz no direito de um cidadão ameaçado procurar refúgio num outro Estado, também inclui o direito de recorrer aos tribunais e consequentemente o direito à tutela judicial efectiva. É certo é que, a este propósito, J. J. GOMES CANOTILHO («Direito constitucional...», cit., p. 402) refere que o direito de asilo não implica que este cidadão possa e deva recorrer aos tribunais: «Recorrer aos tribunais do Estado da sua nacionalidade (“o Estado perseguidor”) é quase um non sense e recorrer aos tribunais do Estado asilante pressuporia a eliminação de uma tendencial discricionariedade política na concessão do direito de asilo». Sobre este assunto, vd. NUNO PIÇARRA, «Em direcção a um procedimento comum de asilo», *Themis*, n.º 3, 2001, pp. 291 ss.; ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, «A recusa de pedidos de asilo por “inadmissibilidade”», in: *Estudos em comemoração...*, cit., pp. 79 ss., esp. pp. 86 e 87.

A Lasilo não acolheu o mecanismo da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias para proporcionar a defesa do requerente de asilo, tendo consagrado acções de impugnação de certas decisões, dotando-as de carácter urgente (e muito urgente) e efeito suspensivo. Assim, por exemplo, a Lasilo veio garantir ao requerente o poder de impugnar nos tribunais administrativos a decisão de inadmissibilidade do pedido de asilo, proferida pelo director nacional do SEF, sendo certo que tal recurso tem efeito suspensivo. A impugnação deve acontecer no prazo de oito dias, sendo oito dias igualmente o prazo para que o tribunal administrativo decida ⁽¹⁸⁵⁸⁾.

E tratando-se de pedidos de asilo apresentados nos postos de fronteira, por estrangeiros que não preencham os requisitos legais para a entrada em território nacional, a Lasilo vem prever, no artigo 25.º, mecanismos mais céleres de reacção jurisdicional, já que o procedimento administrativo é também mais simplificado e abreviado ⁽¹⁸⁵⁹⁾. Assim, o requerente, que permanece em zona internacional do porto ou aeroporto, enquanto aguarda a notificação da decisão, pode, depois de notificado da decisão proferida pelo director nacional do SEF de inadmissibilidade do pedido de asilo, impugná-la perante um tribunal administrativo, no prazo de 72 horas, sendo também este o prazo para que o tribunal emita a sentença. A impugnação judicial da decisão do director nacional do SEF de inadmissibilidade do pedido de asilo apresentado nos postos de fronteira tem também efeito suspensivo, nos termos do artigo 25.º da Lasilo, gozando o interessado do benefício de protecção jurídica (tal como consagra a Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho) no que respeita à nomeação de

⁽¹⁸⁵⁸⁾ Nos termos dos artigos 20.º e 21.º da Lasilo, compete ao director nacional do SEF proferir decisão fundamentada sobre os pedidos inadmissíveis, no prazo de 20 dias, devendo tal decisão ser notificada ao requerente, no prazo de 48 horas, e em simultâneo ao representante do ACNUR e ao Conselho Português para os Refugiados. Na falta de decisão no prazo de 20 dias, considera-se admitido o pedido, devendo seguir-se o procedimento, avançando-se para a fase instrutória. Caso seja considerado inadmissível, a decisão do director nacional do SEF deve conter a menção dos direitos que assistem ao requerente em matéria de garantias de reacção contenciosa dessa decisão, sendo suposto também conter a menção de que o requerente deve abandonar o país no prazo de 20 dias, sob pena de expulsão imediata (uma vez esgotado esse prazo), sendo certo que, no caso de o requerente não abandonar o país nesse período, o SEF deve promover o processo com vista à sua expulsão imediata, nos termos previstos no regime jurídico relativo à entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional.

⁽¹⁸⁵⁹⁾ Neste caso, o SEF comunica imediatamente ao representante do ACNUR ao Conselho Português para os Refugiados o pedido apresentado nos postos de fronteira, podendo estes pronunciar-se em 48 horas. E, no prazo de 48 horas, o requerente pode prestar declarações, valendo como audiência prévia do interessado. A decisão fundamentada é proferida pelo director nacional do SEF no prazo máximo de 5 dias, mas nunca em prazo inferior a 48 horas, devendo conter a informação dos direitos de impugnação judicial que lhe assistem (vd. artigos 23.º e 24.º da Lasilo).

defensor de arguido para diligências urgentes, podendo solicitar a nomeação célere de mandatário ⁽¹⁸⁶⁰⁾.

O mesmo efeito suspensivo é reconhecido à acção impugnatória que venha a ser proposta contra a decisão final do procedimento, emitida pelo membro do governo responsável pela área da administração interna sobre recusa de asilo, sendo certo que a acção deve ser proposta no prazo de 15 dias ⁽¹⁸⁶¹⁾. Contudo, já não terá efeito suspensivo a impugnação da decisão que vier a ser emitida no quadro da apreciação pré-liminar de um pedido de asilo apresentado subsequentemente, nos termos do artigo 33.º da Lasilo, uma vez que, tendo em conta o quadro jurídico (quase de reapreciação) em que é emitida a decisão, se o director nacional do SEF decidir pela inadmissibilidade do pedido, ao requerente resta a possibilidade de impugnação jurisdicional, perante os tribunais administrativos, nos termos gerais, tendo a acção um efeito meramente devolutivo ⁽¹⁸⁶²⁾. Já volta a ter efeito suspensivo a impug-

⁽¹⁸⁶⁰⁾ A decisão de inadmissibilidade do pedido determina o regresso do requerente ao lugar onde iniciou a viagem, ou, em caso de impossibilidade, ao Estado onde foi emitido o documento de viagem com o qual viajou, ou a outro local no qual possa ser admitido.

⁽¹⁸⁶¹⁾ Na realidade, a decisão de admissão do pedido ou o decurso do prazo sem que tenha sido dada uma resposta ao requerente, determinam a sua entrada no território nacional, devendo seguir-se a instrução do procedimento de asilo. Aliás, nos casos de admissão de pedido de asilo, há a emissão pelo SEF de uma autorização de residência provisória, válida pelo período de 4 meses, contados da data da decisão de admissão do pedido de asilo, sendo renováveis por iguais períodos até final do mesmo. O SEF tem 60 dias para instruir o processo, podendo prorrogar este período até 180 dias e podendo recolher pareceres. Posteriormente, deve apresentar uma proposta fundamentada de recusa ou concessão de asilo, proceder à audiência prévia do requerente em 5 dias e remeter para o director nacional do SEF o relatório final. O membro do governo responsável pela área da administração interna deve decidir em 8 dias. Em caso de recusa de asilo, o requente tem 15 dias para impugnar esta decisão, nos tribunais administrativos, tendo tal impugnação um efeito suspensivo. Em caso de recusa de protecção internacional, o requerente pode permanecer em território nacional durante um período transitório, que não excede 30 dias.

⁽¹⁸⁶²⁾ Assim, o estrangeiro ou apátrida ao qual tenha sido negado o direito de asilo pode, sem prejuízo do decurso dos prazos previstos para a respectiva impugnação, apresentar um pedido subsequente, sempre que disponha de novos elementos de prova que lhe permitam beneficiar do direito de protecção internacional ou quando entenda que cessaram os motivos que fundamentaram a decisão de inadmissibilidade do pedido ou de recusa do pedido de asilo (nos termos do artigo 33.º da Lasilo), devendo dirigi-lo ao SEF e devendo também instruir o requerimento com todos os elementos de prova. Quando da apreciação preliminar resultem indícios de que o requerente preenche as condições para beneficiar do direito de asilo, o procedimento segue os termos comuns do procedimento de asilo, previstos no artigo 27.º, caso conclua pela não apresentação de elementos de prova novos, o director nacional do SEF emite decisão de inadmissibilidade do pedido, notificando de imediato o requerente da decisão e dos direitos de impugnação que lhe assistem, nos termos do artigo 33.º, n.os 5 e 6, devendo abandonar o país no prazo de 20 dias.

nação jurisdicional da decisão que versa sobre a perda do direito de protecção internacional. Assim, perante a decisão que declara a perda do direito de protecção internacional, proferida pelo membro do governo responsável pela área da administração interna, sob proposta do director nacional do SEF, cabe recurso jurisdicional para os tribunais administrativos, no prazo de 8 dias, tendo tal recurso um efeito suspensivo.

2.2. Vamos agora procurar perceber como se relacionam os modelos de tramitação no âmbito do contencioso contratual. Como se indicou nas considerações introdutórias, não obstante as alterações introduzidas em 2002/2003, o actual regime do contencioso dos contratos da Administração Pública continua a prever um sistema bidimensional, assente na dicotomia contrato/acto e no reconhecimento de situações jurídicas comuns/situações jurídicas urgentes, e continua a incluir soluções de alguma complexidade⁽¹⁸⁶³⁾. Assim, a lei processual administrativa consagra a existência de dois modelos de tramitação: há o modelo de tramitação ordinário, através do qual se realizam as *pretensões-não-urgentes* e há o modelo de tramitação urgente, através do qual se satisfazem as *pretensões-urgentes* em matéria de contencioso contratual.

O modelo de tramitação ordinário desdobra-se, no fundo, nas duas formas processuais gerais que já conhecemos, a de AAC e a de AAE, sendo que estas acções se consideram adequadas conforme as pretensões deduzidas sejam relativas à interpretação, validade e execução do contrato ou sejam relativas a actos (omissões juridicamente relevantes e decisões normativas) autonomizáveis ou destacáveis do procedimento pré-contratual ou da execução do contrato, sendo que nestes casos o que se pretende é obter a anulação ou declaração de nulidade ou de inexistência de tais actos administrativos destacáveis (e também a condenação da Administração à prática de acto devido). Assim, em traços mais precisos, cumpre dizer que, não devendo seguir o modelo de tramitação urgente, há pretensões jurídicas contratuais que devem seguir as for-

⁽¹⁸⁶³⁾ Sobre este tema, vd. JOÃO CAUPERS, *Introdução ao direito...*, cit., pp. 271 ss., esp. pp. 286 a 292, 367 ss. e 375 ss.; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 105 ss., 181 ss., 243 ss., 325 ss. e 352 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 93 ss., 273 ss. e 336 ss.; M. ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., anotação aos artigos 37.º, 100.º e 132.º do CPTA; M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de processo...*, cit., anotação ao artigo 37.º do CPTA, pp. 272 ss.; PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo. Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*, Coimbra, 2003, pp. 147 ss.; JÓNATAS E. M. MACHADO, «Breves considerações em torno do âmbito da justiça administrativa», in: *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra, pp. 109 ss.; VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo...*, cit., pp. 401 ss.; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito europeu...*, cit., pp. 377 ss.

mas previstas para o modelo de tramitação ordinário. E assim, há pretensões que seguem a forma da AAC, que é o meio por excelência do contencioso contratual, cujo objecto é *prima facie* o mais alargado, abrangendo questões de interpretação, questões de validade, questões de execução e questões de responsabilidade contratual (nos termos do artigo 37.º, n.ºs 1 e 2, alínea *h*), do CPTA e artigo 307.º, n.º 1, do CCP). E há outras que seguem a forma de AAE, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alíneas *d*) e *g*), e artigos 47.º e 307.º, n.º 2, do CCP. Assim, o processo que segue esta forma de acção tem aparentemente um carácter mais residual, contudo, o seu objecto pode configurar diversas dimensões, a saber: um *objecto-ordinário*; um *objecto-ordinário-alargado*, que resulta da possibilidade de cumulação de pedidos — uma possibilidade que permite que «o juiz do acto» se transforme em «juiz do contrato» — e um *objecto-excepcional*, que decorre da necessária articulação entre a forma de AAE e a de AAEUC, que o intérprete é obrigado a realizar.

Também em traços largos, cumpre mencionar que o modelo de tramitação urgente se aplica em dois momentos. Assim, a lei consagra a existência de uma forma especial de tramitação urgente cujo âmbito abrange pretensões impugnatórias referentes a actos e decisões normativas relativas ao procedimento de formação de quatro contratos públicos, o contrato de empreitada e concessão de obras públicas, o contrato de prestação de serviços e o de fornecimento de bens. Nestes casos, o legislador nacional — *rectius*, o legislador comunitário — determinou que aquelas pretensões fossem classificadas como urgentes e devessem, por isso, constituir o objecto de um processo que segue uma tramitação urgente. A par deste processo, cumpre precisar que o modelo de tramitação urgente também integra o processo cautelar que, neste domínio, servirá certas *pretensões-urgentes-atípicas*, as que estiverem envolvidas no *periculum in mora*, seja este relativo aos processos que seguem as formas de tramitação gerais ou a forma especial referida.

Agora em traços mais precisos, cumpre notar que a lei processual administrativa procura assegurar um modelo de tramitação urgente para certas *pretensões-urgentes contratuais*. E assim, contém a Acção Administrativa Especial Urgente Contratual (AAEUC): uma acção imperativa (ou exclusiva) por determinação legal, que acode a uma especial situação de carência de tutela que se encontra numa *situação-de-urgência* que foi escolhida pelo legislador comunitário e nacional para tutelar prioritariamente. E esta situação desenha-se na realidade por ser sempre premente proceder à correcção de ilegalidades procedimentais respeitantes à celebração de um contrato público e por estar mais ou menos iminente a celebração de um desses contratos, sem que o tribunal tenha tido a oportunidade de, em tempo útil, se pronunciar sobre as eventuais ilegalidades procedimentais e a sua correcção. Em suma, a urgência consubstancia-se na necessidade de o tribunal obstar sem demora à celebração

de um contrato público que é precedido de invalidades, nos termos dos artigos 46.º, n.º 3, e 100.º do CPTA, e na necessidade de evitar a produção de uma situação de facto consumado. E este facto resultará da celebração de um contrato ilegal, que viola a lei nacional e comunitária, e que lesa os interesses públicos (nacionais e comunitários) e os interesses dos particulares que estavam em condições de contratar.

Como se apontou, o seu objecto está igualmente pré-delimitado legalmente, abrangendo pretensões impugnatórias relativas à prática de actos administrativos e à prática de *normas regulamentares*, relativas ao procedimento de formação de um contrato de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, a celebrar tanto nos sectores gerais como nos especiais, sendo que tal contencioso abrange os actos praticados por sujeitos privados no âmbito de procedimentos pré-contratuais de direito público. E como se apontou também, o objecto do processo que segue a forma de AAEUC pode contemplar a pretensão impugnatória daquelas duas formas jurídicas de exercício do poder administrativo, sob a forma de acto administrativo e disposições normativas de natureza regulamentar, emitidas no decurso do procedimento de formação de um daqueles contratos públicos. E pode ainda excepcionalmente integrar duas outras pretensões igualmente pré-delimitadas legalmente, abrangendo uma pretensão referente à validade do contrato e outra indemnizatória.

O contencioso contratual é também bidimensional na perspectiva de que mesmo quando segue o modelo ordinário de tramitação, há sempre pretensões urgentes atípicas que podem seguir a forma da AUC. Assim, as pretensões urgentes atípicas serão objecto do processo cautelar que segue a forma da acção urgente cautelar, nos termos dos artigos 112.º e ss. Aliás, através deste processo visa-se obter a providência cautelar adequada ao caso concreto, por referência às pretensões a efectivar através do modelo-regra do contencioso dos contratos sujeitos à jurisdição administrativa e através do modelo-especial do contencioso dos contratos públicos. E esta acção urgente cautelar assume uma particular dimensão na modalidade prevista no artigo 132.º do CPTA, uma vez que através deste processo se procura obter a providência cautelar conservatória ou antecipatória adequada, relativa ao procedimento de formação de qualquer contrato sujeito à jurisdição administrativa (artigo 132.º). E, portanto, visa obter-se a providência cautelar inominada, destinada a corrigir a ilegalidade procedimental em causa invocada e a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em presença, incluindo a providência de suspensão do procedimento de formação do contrato. Claro está que, em duas situações, as pretensões urgentes que são objecto do processo cautelar podem traduzir-se na antecipação da decisão de mérito. Estamos a falar na possibilidade prevista no artigo 132.º, n.º 7 — que pressupõe o pedido de condenação antecipada da

Administração a corrigir as ilegalidades das especificações contidas nos documentos do concurso, por, no processo cautelar, o juiz considerar demonstrada essa ilegalidade e por o pedido de declaração de ilegalidade de tal disposição ter sido formulada no processo principal — e estamos a falar também da prevista no artigo 121.º do CPTA.

É certo que o modelo de tramitação pode ainda variar em função de outro tipo de pretensões contratuais que se querem fazer valer em juízo e assim o modelo de tramitação urgente pode ser accionado quando se deseja formular uma pretensão relativa à prestação de informações, consulta de documentos e passagem de certidões, e o modelo de tramitação ordinário pode accionar-se quando esteja em causa executar coactivamente as decisões da entidade pública co-contraente em relação às quais ela esteja desprovida do seu poder de auto-tutela executiva (cfr. artigos 302.º, 307.º, n.º 2, e 308.º e especialmente o artigo 309.º, n.ºs 1 e 2, do CCP) ⁽¹⁸⁶⁴⁾, configurando-se assim necessário accionar as formas de execução, já que os actos administrativos do contraente público relativos à execução do contrato constituem título executivo.

Apresentadas as duas configurações do modelo do contencioso contratual, a do modelo ordinário e a do modelo urgente, cumpre intensificar o estudo de cada uma delas, a começar pela aplicação do modelo de tramitação ordinário que concretiza as *pretensões-não-urgentes* (2.2.1.). E depois seguimos com o modelo de tramitação urgente (2.2.2.).

2.2.1. Enfim, como se sabe, segue a forma de acção administrativa comum o processo que tem por objecto a resolução de todos os conflitos emergentes de relações jurídico-administrativas, excepto dos emergentes da prática ou omissão ilegal de actos administrativos ou de normas e dos que devam ser resolvidos por processo especial, designadamente urgente. Ora, confrontando as diversas situações que o legislador quis eleger a título exemplificativo como situações a resolver através da forma da AAC, verificamos que, de entre as várias *pretensões-não-urgentes* clássicas mencionadas nas várias alíneas do n.º 2 do artigo 37.º do CPTA, estão assinaladas na alínea *h*) as relativas a questões de validade, interpretação e execução dos contratos. Assim, mantendo-se a tradição, as *pretensões-não-urgentes* relativas à interpretação, validade e execução contratual emergentes de contratos sujeitos à jurisdição administrativa, constituem o objecto natural do processo que deve seguir a forma de AAC. Claro que está, que quanto às questões de interpretação, a AAC é naturalmente a forma de acção adequada, uma vez que, nos

⁽¹⁸⁶⁴⁾ A este propósito, vd. PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo...*, cit., pp. 155 ss.; ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit., pp. 279 ss.

termos do artigo 307.º, n.º 1, do CCP, a declaração de interpretação que o contraente público realize tem valor de declaração negocial (ou mero valor opinativo, como se afirmava à luz do artigo 186.º do CPA), pelo que, na falta de acordo das partes, o contraente público apenas pode obter o efeito pretendido através do recurso aos tribunais administrativos, sendo também estas as entidades com legitimidade activa e passiva para o requererem (cfr. artigos 9.º, n.º 1, e 10.º, n.º 1, do CPTA). E o mesmo fundamento explicado anteriormente (*ex vi* do artigo 307.º, n.º 1, do CCP) vale também quanto às questões referentes à validade do contrato, sendo que agora a legitimidade se alarga a outras entidades, designadamente, particulares que, embora não devendo ser considerados estranhos perante a relação jurídica contratual, ainda assim devem considerar-se terceiros perante o contrato. Enfim, o acolhimento da ideia de que o contrato administrativo não é um acordo que só às partes diz respeito, não sendo, pois, um «mundo fechado que só às partes interessa», traduz, na verdade, uma das novidades mais significativas das alterações introduzidas no contencioso contratual. Tendo em conta que outros interesses públicos e privados relacionados com a relação jurídica contratual merecem tutela, o CPTA veio alargar o leque de entidades com legitimidade processual, alargando a legitimidade a terceiros perante o contrato para proporem acções relativas à validade dos contratos sujeitos à jurisdição administrativa, acontecendo o mesmo relativamente a acções sobre a execução do contrato.

Quanto aos prazos para propositura dos processos que seguem a forma de AAC, a regra consta do artigo 41.º, n.º 1, do CPTA: salvo disposição legal em contrário, as acções podem ser propostas a todo o tempo. Contudo, os processos relativos à validade contratual, tratando-se de pedidos de anulação total ou parcial de contratos, devem ser accionados no prazo de seis meses, a contar da data da celebração do contrato ou, quanto a terceiros, do conhecimento do seu clausulado.

Não obstante o referido até ao momento sobre o carácter central da forma de tramitação da AAC no domínio do contencioso dos contratos, cumpre agora perceber em que termos podem os interessados lançar mão do processo que segue uma forma processual geral distinta, a da AAE. Ora, há, de facto, questões referentes à relação jurídica contratual, mormente *pretensões-não-urgentes* impugnatórias relativas à prática de actos administrativos — durante o procedimento de formação do contrato e durante a execução (sendo que, neste caso, desde que não classificadas como meras declarações negociais, nos termos do artigo 307.º, n.ºs 1 e 2, do CCP) — que constituem o *objecto-ordinário* do processo que segue a forma da AAE ⁽¹⁸⁶⁵⁾. Ainda assim, reforçando uma

⁽¹⁸⁶⁵⁾ Vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., p. 192, esp. ns. 349 e 350. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo...*, cit., esp. pp. 147 ss.

ideia há pouco afluída, temos de ter em conta que, tratando-se de questões configuradas numa situação de urgência, relativas à prática de actos administrativos relativos à formação de um contrato de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, tais pretensões devem ser resolvidas através do processo urgente, relativo ao contencioso pré-contratual, previsto no artigo 100.º do CPTA, *ex vi* do artigo 46.º, n.º 3, do CPTA. E tal significa que o legislador resolveu manter o sistema de dualidade de acções impugnatórias em matéria de actos administrativos procedimentais, tendo ficado, pois, por concretizar a ideia de uniformização do regime do contencioso pré-contratual e de criação de um único processo urgente impugnatório de actos administrativos destacáveis em relação ao universo de todos os contratos de Administração sujeitos à jurisdição administrativa. Não foi essa a solução consagrada, não obstante se reconhecer que as razões subjacentes à Directiva *recursos* fariam todo o sentido relativamente a todos os contratos da Administração, uma vez que há razões para procurar proteger de forma atempada e eficaz todos os interessados em contratar com a Administração, bem como há razão para assegurar o interesse da Administração em não atrasar em demasia a celebração do contrato por razões de contencioso. E assim, perante as pretensões que devam seguir o modelo de tramitação ordinária, existindo, ainda assim, *pretensões-urgentes* a tutelar, elas integrarão o objecto da AUC, já que nestes casos só as providências cautelares permitem realizar provisoriamente estas pretensões ⁽¹⁸⁶⁶⁾.

Assim sendo, cumpre, em primeiro lugar, delimitar o *âmbito-ordinário* da AEE. Este está desenhado no artigo 46.º, n.º 1, especialmente *a contrario* do artigo 46.º, n.º 3. Este processo tem aparentemente carácter mais residual e objecto mais restrito. *Primo*: ele inclui questões relativas à prática ou omissão de actos administrativos (incluindo *decisões normativas*) por parte da Administração que sejam próprios do procedimento de formação do contrato (cfr. artigo 4.º, n.º 2, alínea *d*), e artigos 46.º, n.º 3, e 47.º, n.º 2, alínea *c*), do CPTA), sendo que os actos administrativos a *impugnar*, relativos ao procedimento de formação do contrato, não devem restringir-se ao acto de adjudicação ⁽¹⁸⁶⁷⁾, e actos administrativos relativos à execução do contrato, que se traduzam em ordens, directivas ou instruções no exercício dos poderes de direcção, decisões emitidas pelo contraente público de modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, e decisões de aplicação

⁽¹⁸⁶⁶⁾ Sobre este assunto, vd. PEDRO GONÇALVES, «Contencioso administrativo pré-contratual», CJA, 44, 2004, pp. 3 ss.

⁽¹⁸⁶⁷⁾ A este propósito, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 108 ss.

de sanções previstas para a inexecução do contrato e de resolução unilateral do contrato, nos termos do artigo 307.º, n.º 2, do CCP e artigo 46.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), do CPTA.

Como mencionámos nas considerações introdutórias, o objecto do processo na forma de AAE pode adquirir outra configuração mais alargada. Assim, tal *objecto-ordinário-alargado* resultará fundamentalmente da concretização de dois instrumentos, agora, previstos no CPTA, a saber: a cumulação de pedidos e a ampliação do objecto do processo que segue a tramitação traçada na AAE. Neste quadro, e por via destas duas modalidades, certas pretensões relativas à validade do contrato podem integrar o objecto do processo na forma de AAE, pelo que pode dizer-se que, neste caso, o círculo do meio processual relativo ao acto vai alargar-se e sobrepor-se ao círculo relativo ao meio processual do contrato e, assim também, podemos dizer de igual forma, que o «juiz do acto» se transforma em «juiz do contrato», podendo decidir, designadamente, sobre questões de interpretação, validade e de execução do contrato. Efectivamente, a cumulação de pedidos pode acontecer no contencioso contratual de duas formas: a) uma que combina a impugnação de actos praticados no procedimento de formação do contrato com a invalidade do contrato; b) e a outra que combina a impugnação de actos de execução com pedidos referentes à interpretação, validade e execução do contrato. Em qualquer dos casos, havendo cumulação de pedidos, todas as *pretensões-não-urgentes* devem integrar o objecto do mesmo processo e este deve seguir a forma de Acção Administrativa Especial, tal como decorre do artigo 5.º, n.º 1, do CPTA (1868). De qualquer modo, a não formulação no momento declaratório dos pedidos cumulativos mencionados não obsta à possibilidade de as mesmas

(1868) Assim, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea d), do CPTA, é possível cumular o pedido de anulação ou de declaração de nulidade ou inexistência de um acto administrativo relativo à fase de formação do contrato com o pedido de anulação ou declaração de nulidade de contrato cuja validade dependa desse acto. A possibilidade geral de cumulação de pedidos, prevista no artigo 4.º, é reforçada no artigo 47.º, n.º 2, alínea c), para as pretensões realizadas através da AAE. Logo, este preceito permite a cumulação do pedido de anulação ou declaração de nulidade ou inexistência de um acto administrativo com o pedido de anulação ou declaração de nulidade do contrato em cujo procedimento de formação se integrava o acto impugnado. Assim, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea g), do CPTA, é possível cumular o pedido de anulação ou de declaração de nulidade ou inexistência de um acto administrativo praticado no âmbito da relação contratual com qualquer pedido relacionado com questões de interpretação, validade ou execução de contratos. A possibilidade geral de cumulação de pedidos, prevista no artigo 4.º, é reforçada no artigo 47.º, n.º 2, alínea d), para as pretensões realizadas através da AAE. Logo, este preceito permite a cumulação do pedido de anulação ou declaração de nulidade ou inexistência de um acto administrativo relativo à execução do contrato com outros pedidos relacionados com a execução desse contrato. Cfr. também artigos 307.º, n.º 2, e 283.º do CCP.

pretensões serem accionadas no âmbito do processo de execução da sentença de anulação, nos termos do artigo 47.º, n.º 3, do CPTA.

A forma da AAE pode também ser seguida no processo que sirva para obter a invalidação do contrato numa outra situação prevista no artigo 63.º, n.º 2: quando por não ter sido decretada tutela cautelar adequada, vier a ser celebrado o contrato na pendência do processo de impugnação do acto relativo ao procedimento de formação daquele contrato. Nestes casos, pode existir a ampliação do objecto do processo que segue a AAE à impugnação do próprio contrato. Nestas situações, o *objecto-ordinário* do processo na AAE é, então, alargado. Depois, por razão do princípio da tutela jurisdicional efectiva, este processo na forma de AAE pode ainda integrar um objecto excepcional que será constituído por dois tipos de pretensões que, a determinada altura, deixam de caber no *objecto-próprio* do processo que segue a forma da AAEU, como se justificará.

Aliás, sem prejuízo do que se afirmará na parte seguinte deste trabalho, cumpre dizer que consideramos necessário alargar excepcionalmente o objecto da AAE para alcançar uma articulação prática entre a AAE e a AAEU, de modo a combater a formação de situações de denegação gritante de justiça no domínio do contencioso dos contratos da Administração. Assim, porque não correspondem a «mundos jurídicos totalmente separados», entendemos que o objecto da AAE pode alargar-se excepcionalmente para acolher pretensões concernentes ao contencioso referente ao procedimento de formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, fornecimento de bens e prestação de serviços, sendo que tais pretensões se admitem excepcionalmente por se considerar (e quando se considerar) que já não é possível lançar mão da acção prevista no artigo 100.º do CPTA. E, assim, tendo em conta que a AAEU é uma acção imperativa (exclusiva ou vinculativa, nos termos dos artigos 46.º, n.º 3, e 100.º, n.º 1) no contexto de uma situação de urgência específica relativa àqueles contratos, somos da opinião de que tal configuração pode acontecer, designadamente, em duas situações, a saber: *primo*, por tais pretensões estarem relacionadas com o procedimento de formação de um daqueles contratos e esse contrato ter sido já celebrado e estar a ser cumprido, no momento em que o autor lança mão da via contenciosa através da AAE (sendo que neste caso, se aceita excepcionalmente que o autor realize dois tipos de pretensões: um referente à validade do contrato e outro de natureza indemnizatória) ⁽¹⁸⁶⁹⁾; *secundo*, por tais pretensões estarem cumuladas com

⁽¹⁸⁶⁹⁾ Claro está que partimos da ideia de que o legislador faz depender a propositura das acções de validade do contrato da prévia propositura da acção com vista a obter a anulação de actos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração (vd. artigo 40.º, n.º 1, alínea *d*),

o pedido de declaração de nulidade ou de inexistência de um acto relativo a este procedimento, quando, por ter decorrido o prazo previsto no artigo 101.º do CPTA, já não ser possível accionar a acção urgente ⁽¹⁸⁷⁰⁾. Como se percebe, tendo em conta as diversas modalidades expostas, o recurso à AAE no contencioso contratual pode acontecer com muito mais frequência do que à partida se poderia configurar e esta acção serve para realizar muitas mais pretensões — *maxime* indemnizatórias — do que aquelas que *a priori* se imaginaria.

2.2.2. O modelo de tramitação urgente integra uma forma processual em matéria contratual ⁽¹⁸⁷¹⁾. Na verdade, é a urgência que determina o carácter reduzido de *pretensões-urgentes* jurídicas passíveis de formulação através deste processo que segue a tramitação da AAEUC (2.2.2.1.) e é a urgência, *rec-tius*, o *periculum in mora*, que justifica a adopção da forma de acção urgente cautelar (AUC) (2.2.2.2.).

2.2.2.1. Como se apontou nas considerações introdutórias, o legislador veio classificar certas pretensões relativas ao contencioso pré-contratual como sendo sempre de natureza urgente, tendo reforçado o sistema de dualidade de contencioso pré-contratual, não obstante se considerar que as razões subjacentes à Directiva *recursos* também fazem sentido em todo o domínio do contencioso pré-contratual. Contudo, a forma da acção administrativa especial urgente contratual (AAEUC), que resultou da incorporação no CPTA do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio ⁽¹⁸⁷²⁾, tem um objecto restrito, integrando

do CPTA e artigo 283.º do CCP). É verdade que o legislador procedeu ao alargamento da legitimidade para a propositura de tais acções, de forma a ser possível propor uma acção de declaração de nulidade de um contrato com fundamento na nulidade do acto administrativo procedimental ou de uma acção de anulação do contrato, em caso de anulabilidade de um desses actos.

⁽¹⁸⁷⁰⁾ Não obstante ser criticável tal solução, uma vez que tem subjacente um critério que atende ao tipo de desvalor do acto, julgamos que ainda assim é preferível. Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 253 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 509 ss., esp. p. 513.

⁽¹⁸⁷¹⁾ A este propósito, vd. PEDRO GONÇALVES, «Contencioso administrativo...», cit., pp. 3 ss.; ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit., pp. 93 ss. e 279 ss.; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito europeu...*, cit., pp. 377 ss.

⁽¹⁸⁷²⁾ Com a Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, o legislador veio introduzir a primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio. E, com efeito, tendo sido reconhecido que o anterior regime padecia de deficiências, o legislador procedeu fundamentalmente a três alterações, a saber: *primo*: veio ampliar o objecto do processo, permitindo a impugnação directa de normas regulamentares constantes do programa, do caderno de encargos ou de outro qualquer documento conformador do procedimento contratual com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras que constem desses documentos; *secundo*: veio ampliar o âmbito de aplicação, permitindo a sua aplicação ao procedimento de formação dos contratos

apenas as pretensões impugnatórias relativas ao procedimento de formação de quatro categorias de contratos públicos, a saber: os de empreitada e concessão de obras públicas, o de fornecimento de bens e o de prestação de serviços, abrangendo tanto os contratos a celebrar no sectores clássicos como nos sectores especiais.

Assim, procurando assegurar que a legalidade seja reposta pelos tribunais através da atempada determinação da Administração à correcção de ilegalidades ocorridas durante o procedimento de formação de um destes contratos, a AAEUC permite também a realização de outros interesses privados e interesses públicos (nacional e comunitário) envolvidos. E assim, por via da tramitação urgente, garante-se a protecção dos interesses do concorrente interessado em contratar com a Administração, uma vez que o processo é de molde a garantir que o procedimento pré-contratual é revisto a tempo, sendo passível de correcção antes de ser celebrado o contrato, em termos que aquele concorrente que apresenta preencher todas as condições estabelecidas nas disposições legais em causa e que se considera ilegalmente prejudicado ainda pode vir a ser considerado adjudicatário⁽¹⁸⁷³⁾. E a forma da AAEUC, para além de procurar assegurar que a Administração contrata com aquele que está em melhor condição de realizar o interesse público, também protege a realização do interesse público contratual em causa, uma vez que, sendo de tramitação urgente, através do processo visa-se assegurar que o procedimento não fica durante muito tempo paralisado e à espera de uma decisão judicial que se pronuncie sobre as suspeitas de ilegalidades. Obstando a que a celebração do contrato tenha de aguardar durante muito tempo, a adopção da forma processual urgente permite assegurar que há uma regularização da situação pré-contratual num breve período de tempo. De uma forma ou de outra, pressupondo que o contrato não foi ainda celebrado, o modelo de tramitação urgente combina com o princípio da reparação *in natura* dos direitos e interesses públicos e privados temporariamente violados.

Voltando ao primeiro tipo de interesses públicos, cumpre, de facto, lembrar que ao garantir o respeito pelo princípio da não discriminação, da igualdade, da livre concorrência, da publicidade e da transparência, a forma da AAEUC permite assegurar, em tempo certo, o respeito pela legalidade do procedimento pré-contratual, garantindo que a Administração venha a contra-

de concessão de obra pública, isto por um lado, e, por outro, passando a abranger os procedimentos contratuais especificamente regulados por normas de direito público desencadeados por sujeitos privados; e *tertio*: duplicou o prazo para a impugnação contenciosa e clarificou que a tramitação urgente abrange o recurso jurisdicional.

⁽¹⁸⁷³⁾ A este propósito, vd. PEDRO GONÇALVES, «Contencioso administrativo...», cit., pp. 3 ss.; ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit., pp. 93 ss. e 279 ss.

tar em condições de concorrência e venha ainda a celebrar o contrato com quem apresente as condições mais vantajosas para o interesse público. Tendo em conta que a *ratio* subjacente às Directivas comunitárias é assegurar o respeito pelo Direito comunitário num momento em que as violações ainda podem ser corrigidas, daqui também decorre que a lógica subjacente a esta acção urgente é proteger os interesses públicos e privados em presença numa fase em que ainda vale a pena intervir judicialmente — por não ter ainda sido consumado o facto: a celebração efectiva do contrato⁽¹⁸⁷⁴⁾. É, pois, clara também a ideia de que posteriormente à celebração do contrato há pouco a fazer em prol da correcção das ilegalidades cometidas. E, assim, se a reconstrução *in natura* da situação não parece *a priori* reservada para situações em que ainda não há contrato, já que a impossibilidade de reconstituir naturalmente a situação é legalmente aceite nas situações em que o contrato está a ser cumprido (*maxime*, nas situações em que ele foi integralmente cumprido, uma vez que só nestes casos se poderá configurar a situação de impossibilidade absoluta, *ex vi* do artigo 102.º, n.º 5), ainda assim deve ter-se em consideração que a forma especial da AAEUC se justifica apenas quando se confirma que o contrato não foi ainda celebrado.

É exactamente no contexto descrito que se percebe que tipo de *pretensões-de-urgência* podem integrar o *objecto-próprio* do processo que segue a forma da AAEUC e em que termos esta acção se configura como exclusiva (para a tutela dessas *pretensões-de-urgência*) perante as acções que devem seguir uma forma geral. Este processo urgente tem, na realidade, como objecto dois tipos de pretensões (impugnatórias) principais relativas à formação daqueles contratos — *id est*: falamos de contratos que, numa perspectiva substantiva, tanto podem ser contratos administrativos como contratos de direito privado, e tanto podem ser celebrados pela Administração como por outras entidades, designadamente por entidades de direito privado que, para este efeito, ainda que não integrem a Administração Pública em sentido orgânico devem ser equiparadas, podendo ser consideradas como «organismos de direito público»⁽¹⁸⁷⁵⁾ (nos termos do artigo 100.º,

⁽¹⁸⁷⁴⁾ Nos termos do acórdão do STA, de 15.02.2000, este período relativo ao procedimento de formação do contrato «inicia-se com o momento em que a administração publica o seu desejo de contratar, materializa-se unilateralmente com a adjudicação e tem o seu termo com a celebração do contrato». Enfim, o procedimento de formação do contrato é complexo e é mais amplo do que o procedimento de selecção do co-contraente, uma vez que este constitui um procedimento autónomo. Portanto, em suma, aquele começa antes e acaba depois: este inicia-se com o anúncio público e termina com a adjudicação. Aquele inicia-se antes e termina depois da adjudicação, quando o contrato tiver sido celebrado.

⁽¹⁸⁷⁵⁾ No contexto do Direito europeu da contratação pública, «Poder adjudicante» ou «Entidade adjudicante», para este efeito, corresponde e integra as p.c.p.'s (designadamente, o Estado

n.º 3). E essa *pretensão-urgente* é, em primeiro lugar, uma pretensão impugnatória dirigida a qualquer acto administrativo lesivo relativo ao procedimento pré-contratual de qualquer um desses contratos. E é também uma pretensão impugnatória dirigida às normas regulamentares (como pode ser o programa do concurso) e disposições com carácter *normativo constantes do caderno de encargos*, com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras. Assim, por outras palavras, o objecto deste processo, que segue a tramitação urgente, encerra *pretensões-urgentes-impugnatórias*, quer de actos quer de disposições ou cláusulas incluídas em *documentos normativos*, conformadores do procedimento de formação desses contratos, incluindo, o programa do procedimento e o caderno de encargos (nos termos do artigo 100.º, n.ºs 1 e 2), que contenham disposições normativas exequíveis e ofensivas, designadamente, do Direito comunitário ⁽¹⁸⁷⁶⁾.

Sem prejuízo de voltarmos à questão da determinação do *objecto-próprio* do processo que segue a forma da AAEUC, cumpre dizer que este processo não realiza apenas *pretensões-urgentes-impugnatórias*. Talvez, por isso mesmo, não deve ser tido como processo urgente impugnatório. Assim, este processo tem um *objecto-próprio-ampliado*, cuja configuração incluirá duas pretensões (que, em nosso entender, estão desprovidas de natureza urgente) relativas a duas situações supervenientes, isto é, situações que podem ocorrer durante a pendência desta acção: uma relativa ao contrato que foi entretanto celebrado e outra indemnizatória, por, entretantes, ter ocorrido uma situação de impossibilidade absoluta, que se revela obstar, de todo em todo, à satisfação dos interesses do requerente. Assim, nos termos do artigo 102.º, n.º 4, o objecto do processo pode ser ampliado, quando, na pendência do processo, o contrato vier a ser celebrado, sendo neste caso impugnado o próprio contrato. E o CPTA prevê igualmente que o tribunal possa deixar de proferir a sentença requerida (isto

e seus organismos directa ou indirectamente dependentes, as Regiões Autónomas e as Autarquias Locais) e outros «organismos de direito Público». Este conceito abrange qualquer organismo criado especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem que tenham carácter industrial ou comercial, que é dotado de personalidade jurídica e em relação ao qual se verifica uma dependência efectiva (de financiamento, de controlo de gestão e de participação) em relação ao Estado ou outros entes públicos, sendo que essa dependência se afere pelo facto de a sua actividade ser financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou outros organismos de direito público; pelo facto de a sua gestão estar sujeita a controlo por parte destes últimos, ou ainda pelo facto de os seus órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização serem compostos em mais de metade por membros designados pelas entidades públicas ou organismos de direito público mencionadas. A Directiva n.º 93/38/CEE, de 14.06, relativa aos denominados sectores especiais vai mais longe. E o seu âmbito abrange tanto os entes já incluídos nas Directivas clássicas, como abrange estruturas privadas de natureza empresarial.

⁽¹⁸⁷⁶⁾ Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, «Contencioso administrativo...», cit., pp. 3 ss.

é, possa deixar de emitir uma sentença com efeitos constitutivos ou declarativos correspondentes aos pedidos formulados), e, em vez disso, possa fixar uma indemnização, quando, no caso concreto e durante o desenrolar do processo, se tiver consolidado uma situação de facto e de direito — uma «situação de impossibilidade absoluta» (e não uma situação em que a Administração considere que a execução da sentença ocasionaria um grave prejuízo para o interesse público) — que seja susceptível de obstar à satisfação dos interesses do autor (nos termos do artigo 102.º, n.os 4 e 5) ⁽¹⁸⁷⁷⁾. Neste caso, deve o tribunal convidar as partes para, no prazo de 20 dias, acordarem o montante do valor da indemnização a que o autor tem direito (cfr. artigo 45.º, n.º 1). Ora, como, no caso de não haver acordo, o tribunal fixa, a pedido do autor, o montante da indemnização devida, *ex vi* do artigo 45.º, n.º 4, do CPTA, parece justo concluir que, em última instância, cabe ao tribunal conhecer de um objecto mais alargado do que o inicialmente previsto, de tal modo que, proferida a decisão final, se verifica que o juiz da urgência, já fora do contexto da urgência, tem também poderes condenatórios a título de reparação por danos, a par dos poderes de anular ou declarar nulo um contrato.

Neste sentido, importa reconhecer que se o processo segue uma tramitação urgente mesmo quando esta tramitação excepcional já não se justifica, haverá outras pretensões que justificam mais a tramitação urgente e cuja formulação não é expressamente consentida no texto da lei processual administrativa. Na verdade, a delimitação do *objecto-próprio* deste processo urgente suscita algumas reservas. E das duas uma: ou se aceita que, por razões de urgência, o seu âmbito esteja pré-determinado de forma muito reduzida, constituindo assim uma *avis rara* do contencioso moderno e, por isso, não pode ampliar-se o seu objecto por actuação hermenêutica; ou, pelo contrário, deve considerar-se que o intérprete tem de proceder à articulação da aplicação da AAEUC com os preceitos incluídos na parte geral e no capítulo III do Título II.

Tentemos esta última perspectiva. E, assim, procurando realizar uma interpretação extensiva do texto da lei, podemos vir a concluir que, não obstante a AAEUC estar configurada como uma acção de «impugnação urgente», o seu objecto pode integrar pretensões diferentes daquelas estritamente de cariz impugnatório. Assim, *primo*, ainda que o legislador tenha empregue expressões tradicionais do género impugnar/impugnação/impugnatório, tal não significa que devam ser lidas à moda antiga. Assim, sob pena de se ler contra os princípios que inspiram o modelo actual da justiça administrativa e as regras centrais do CPTA (*maxime*, o artigo 4.º e o artigo 51.º, n.º 4), parece

⁽¹⁸⁷⁷⁾ A este propósito, vd. acórdão do TCA-S de 13.01.2005, processo n.º 394/04, disponível in: www.dgsi.pt

lógico que, perante a omissão juridicamente relevante ou perante um acto de indeferimento, o autor possa formular outras pretensões que no caso concreto se revelem de igual modo verdadeiramente urgentes, designadamente a que respeita à condenação da entidade administrativa à prática do acto administrativo (devido) — o mesmo acontecendo em relação a certos actos de conteúdo positivo, *maxime*, o de exclusão ou de adjudicação, quando o particular pretenda que o tribunal condene a Administração a reexaminar a situação e a substituir o acto *impugnado*. Nestes casos, dever-se-ão considerar aceites outras *pretensões-urgentes* que igualmente são necessárias para a atempada resolução da questão litigiosa. *Secundo*: se o legislador permite expressamente que o tribunal conheça de uma pretensão declarativa ou constitutiva relativa à validade do contrato, que *medio tempore* venha a ser celebrado ⁽¹⁸⁷⁸⁾, também se poderia aceitar que tal pedido seja, desde o início, cumulado a título subsidiário com o impugnatório. E, por conseguinte, parece legítimo que o autor solicite a apreciação da validade do contrato na hipótese de o contrato vir a ser celebrado, o mesmo acontecendo em relação a um pedido de reparação por danos. Contudo, já não parece possível que neste caso se continue a falar em *pretensão-urgente*, mormente se estiver em causa uma pretensão meramente ressarcitória.

Enfim, parece, pois, coerente com o sistema global que o objecto do processo urgente não se resuma à mera impugnação urgente de actos de conteúdo positivo ou normas administrativas relativas ao procedimento de formação daquele tipo de contratos. E, assim, sendo certo que a pretensão de condenação da Administração a substituir o acto impugnado por aquele que é devido poderá ser igualmente uma *pretensão-urgente*, na medida em que a satisfação de tal pretensão se revele necessária à reposição atempada do direito violado, devendo o objecto do processo integrá-la, sob pena de a adopção da tramitação urgente se revelar prejudicial. Assim, de acordo com esta lógica, deverá ser possível realizar outras *pretensões-urgentes-pré-contratuais*, *maxime*, solicitar a título cumulativo a condenação da Administração à substituição do acto impugnado por outro que não reincida nas ilegalidades cometidas, tal como se prevê no artigo 47.º, n.º 2, alínea c), sendo que neste caso não haverá necessidade de proceder a *desaceleração* do processo uma vez que estará em causa a aplicação do mesmo direito à mesma relação material controvertida.

(1878) Entendemos, contudo, que, se o contrato já tiver sido celebrado antes de o interessado lançar mão da AAEU, já não será possível cumular a pretensão relativa à invalidade consequente do contrato, nem tão pouco poderá formular-se a pretensão indemnizatória. Aliás, tudo indica que já não será sequer possível impugnar o acto ilegal em causa, através da AAEU. Tendo sido celebrado o contrato e tratando-se de acto nulo, pode o terceiro lançar mão da AAE com vista a suscitar as questões de validade do contrato e de responsabilidade da entidade adjudicante. Cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit., pp. 294 ss.

Já diferente seria a situação em que a pretensão a cumular fosse relativa ao apuramento de responsabilidade por danos, uma vez que, devendo a acção tramitar segundo as normas previstas para a AAE, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, com as devidas alterações, se aceita que neste caso deva cumprir ao juiz da urgência ponderar em que termos deve proceder à desaceleração do processo, tanto mais que a pretensão de urgência já não existe neste preciso caso ⁽¹⁸⁷⁹⁾.

Contudo, voltemos um pouco atrás, porque não podemos deixar de tentar proceder a um outro tipo de leitura, de natureza estritamente *positivista*. E, assim, de acordo com uma interpretação formalista, parece lógico sugerir que não haja espaço para o intérprete dar largas à sua imaginação, uma vez que a integração do contencioso pré-contratual no CPTA permitiu ao legislador corrigir algumas das insuficiências de que padecia o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, e sendo certo também que aquele introduziu algumas alterações em relação a aspectos já na altura mais criticados, parece evidente que o legislador não quis integrar no processo especial outras pretensões que lá não cabem expressamente.

De entre as duas opções de leitura, preferimos a primeira, já que, em nosso entender, deve imperar a lógica do sistema. E assim, parece lógico afirmar a possibilidade de o particular formular o pedido de condenação da Administração à prática de acto devido ou de deduzir cumulativamente outro tipo de pretensões condenatórias ou inibitórias (designadamente, de condenação da Administração na adopção ou abstenção de uma conduta, por exemplo, de não celebração do contrato ou de intimação para substituição de acto administrativo impugnado e de intimação para reexame e emissão de acto) porque ainda se está (e desde que se esteja) perante o mesmo quadro de *situações-de-urgência-pré-contratual* e porque a realização da mesma *pretensão-de-urgência* pode fazer aplicar o mesmo direito material. Já as outras pretensões que pressupõem que, no momento em que inicia a instância, o contrato já havia sido celebrado, tal como de impugnação de um acto procedimental e a declaração de nulidade do contrato já celebrado ou o pedido do pagamento de uma indemnização ⁽¹⁸⁸⁰⁾, nos parecem de todo impossíveis. Como se percebe, de entre as modificações

⁽¹⁸⁷⁹⁾ Sobre este assunto, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., esp. pp. 88 e 89; PEDRO GONÇALVES, «Contencioso administrativo...», cit., p. 9.

⁽¹⁸⁸⁰⁾ Enfim, se é possível, por providência cautelar, intimar a Administração para suste a celebração do contrato (como o STA decidiu no acórdão de 08.05.2002, processo n.º 555/02), não deixa de ser curioso que tal pretensão não possa formular-se a título principal na AAEU. Na verdade, sendo ela possível na AAE, só razões de urgência permitiriam justificar que tal tipo de pretensões não pudessem ser formuladas a título principal. Na verdade, se o exame do tribunal vai incidir sobre os mesmos factos e sobre a aplicação das mesmas normas, não vemos como certos pedidos podem ser incompatíveis com a urgência.

introduzidas em 2003, contam-se, pelo menos, três, a saber: a possibilidade de o tribunal optar por uma audiência pública para discussão da matéria de facto e de direito, a faculdade de o objecto do processo ser ampliado de modo a permitir a impugnação do próprio contrato e a introdução da possibilidade de condenação da Administração no pagamento de uma indemnização por ter ocorrido uma situação de impossibilidade absoluta (v. g. por ter sido cumprido o contrato) ⁽¹⁸⁸¹⁾. Tudo indica que o legislador, estando bem informado quanto às vantagens e desvantagens de tal tipo de opções, mormente tendo em conta a celeridade do processo em detrimento da plenitude de tutela, desejou manter neste aspecto o regime anterior.

É certo que é sempre legítimo interrogar se as razões de urgência não terão determinado, também aqui, a consagração de mais uma excepção àquilo que seria normal ter sido consagrado em função daquelas que são as traves mestras do actual contencioso administrativo. De qualquer modo, mas agora vendo o problema de outro ângulo, e, de acordo com uma lógica de interpretação extensiva, aceitando que o legislador disse menos do que aquilo que queria, a permitir-se a cumulação da pretensão impugnatória com qualquer uma das possíveis à luz dos artigos 4.º e 47.º, questionamo-nos se, em determinados casos, a cumulação de pedidos não produzirá, de todo em todo, a anulação daquilo que, inicialmente, se pensou ao prever um modelo de tramitação urgente para o contencioso pré-contratual ⁽¹⁸⁸²⁾. E, assim, temos para nós, que apenas fará sentido cumular as pretensões impugnatórias com outras que, no mesmo contexto de urgência, já explicado, visem resolver a questão litigiosa antes de o contrato ser celebrado. E, assim, por exemplo, faz sentido admitir como *pretensão-urgente* a cumular com a de condenação da Administração a proceder ao reexame e à substituição do acto impugnado. De resto, se a cumulação de outro tipo de pretensões, como por exemplo, a pretensão de impugnação com a ressarcitória, se podem justificar por razões de economia processual, contudo, tal cumulação já não se justifica pela lógica da tutela de urgência, devendo ser remetida para o modelo de tramitação ordinário.

2.2.2. Segue também uma tramitação urgente o processo cautelar que seja accionado no âmbito do contencioso contratual. E como qualquer outro que

⁽¹⁸⁸¹⁾ A este propósito, vd. ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit., pp. 282 ss.

⁽¹⁸⁸²⁾ A este propósito são interessantes as considerações de M. AROSO DE ALMEIDA (*O novo regime...*, cit., esp. p. 90): «Caberá, naturalmente ao juiz, ouvidas as partes com a máxima celeridade, proceder a esta ponderação (cfr. artigo 5). E, como é evidente, caberá, desde logo, ao autor, no momento de optar sobre se, nestes domínios, deve proceder ou não à cumulação de pedidos avaliar se não estará a pôr em risco a celeridade e, desse modo, a efectividade da tutela que, à partida, este tipo de processo lhe pode proporcionar».

seja accionado em outro domínio do contencioso administrativo, nos termos do artigo 268.º, n.º 4, da CRP e artigos 2.º, n.º 1, e 112.º, n.º 1, do CPTA, os processos cautelares são processos urgentes de natureza acessória, que têm como função específica assegurar o efeito útil das sentenças que vierem a ser dadas no âmbito das acções administrativas principais, quer estas sigam uma forma geral ou especial (com a excepção da AACUDF). Assim, no contencioso contratual, as providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos realizam uma função vital no sentido de garantir a realização efectiva de todos os direitos e interesses envolvidos, sendo que delas depende a tutela jurisdicional efectiva de interesses públicos e privados em presença, *maxime*, a posição dos interessados em contratar com a Administração. Na verdade, como o Tribunal Constitucional italiano já afirmou repetidas vezes, os processos cautelares são necessários mesmo para o domínio do contencioso urgente pré-contratual, uma vez que este pode não ser suficiente para garantir a tutela efectiva do direito material a aplicar.

Enfim, por via do princípio do *numerus apertus*, consagrado no artigo 112.º, n.º 1, do CPTA, é possível decretar no contencioso contratual as providências que se mostrem adequadas a minimizar os prejuízos de *infrutuosidade* e de *retardamento* das sentenças a proferir nos processos principais, quer as de natureza conservatória, quer as de estrutura antecipatória. E, assim, no contencioso contratual, o requerente tanto pode solicitar a suspensão da eficácia de um acto administrativo referente ao procedimento de formação do contrato como solicitar a suspensão total da execução do contrato ou a suspensão da execução de alguma cláusula contratual. E assim também, neste quadro, o interessado tanto pode solicitar a admissão provisória num concurso, como pode solicitar a regulação provisória de uma situação jurídica, como seja o pagamento antecipado de um quantia, ou o decretamento provisório de uma providência, *maxime*, o diferimento da assinatura do contrato por um período de tempo determinado ou até ser proferida decisão no processo cautelar, à semelhança daquilo que hoje se permite através do *référé-précontractuel* ⁽¹⁸⁸³⁾.

Em especial, cumpre chamar a atenção para as providências cautelares que desempenham um papel significativo no contencioso dos contratos da Administração, já que são elas que garantem a tutela jurisdicional efectiva de interesses públicos e privados envolvidos, *maxime*, a posição dos interessados em contratar com a Administração: as providências cautelares relativas a procedimentos de formação de todos os contratos sujeitos à jurisdição administra-

(1883) Sobre este assunto, vd., por exemplo, F. LLORENS, «Le référé précontractuel entre continuité et changement...», cit., pp. 27 ss.

tiva, que são adoptadas segundo um procedimento cautelar específico. Assim, quando no processo que segue a forma geral da AAE ou da AAEUC estiver em causa a anulação ou a declaração de nulidade ou de inexistência jurídica de actos administrativos relativos à formação de contratos, o autor naquela acção pode solicitar a adopção das providências adequadas a garantir a utilidade da sentença que vier a ser proferida naquele processo principal, *maxime*, qualquer providência que demonstre ser adequada a tutelar provisoriamente a posição do interessado e a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em presença. Entre as providências sugeridas pelo legislador para este domínio, constam duas agressivas: uma de ingerência significativa no mérito da acção principal, a de correcção antecipada de ilegalidades procedimentais, e outra de ingerência agressiva na esfera jurídica da entidade adjudicante e nos interesses por si defendidos, a de suspensão do procedimento de contrato.

No que se refere ao decretamento das providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos, entenda-se, aquelas que dizem respeito à fase de formação do contrato, ele depende da verificação de pressupostos especiais (artigo 132.º, n.º 6, do CPTA). Assim, a concessão da providência depende do juízo de probabilidade do tribunal quanto a saber se, ponderados os interesses susceptíveis de serem lesados, os danos que resultariam da adopção da providência são superiores aos prejuízos que podem resultar da sua adopção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adopção de outras providências. Ainda assim, nos termos do artigo 120.º, n.º 1, alínea *a*), quando seja evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, designadamente por estar em causa a impugnação de acto manifestamente ilegal, de acto de aplicação de norma anteriormente anulada ou de acto idêntico a outro já anteriormente anulado ou declarado nulo ou inexistente, a procedência da providência requerida não obedece ao requisito de ponderação estabelecido no n.º 6 do artigo 132.º do CPTA. Ora, também perante esta norma se pode pensar duas coisas: ou se entende que o legislador não quis afastar os pressupostos comuns de deferimento da tutela cautelar, principalmente o da aparência de direito, porque a ponderação impõe um juízo de repartição de riscos e esta pressupõe a aceitação do sacrifício do improvável ao provável; ou se entende que aqui foi configurada mais uma excepção. Assim, por razões de urgência, mais uma vez, o legislador deixou de consagrar o que seria normal consagrar, a análise do *periculum in mora* e a do *fumus boni iuris*, tendo optado por positivar um critério especial de decisão. Como veremos, o legislador não quis que o juiz procedesse a um exame de conclusão completo. Antes pelo contrário, temos para nós, que se pretende que a emissão da *decisão-de-urgência-provisória* não dependa de um exame do direito material a aplicar, devendo depender de um juízo que atende a um critério especial de ponderação de interesses. Na verdade, pensamos

que neste caso se configura aquela que LEIPOLD denominava a *decisão-de-urgência-aberta*, por oposição à *decisão-de-urgência-acessória*, que pressupõe uma prévia análise do direito a aplicar à causa principal.

3. A exclusividade e a imperatividade da AUC

Finalmente, nos termos da lei processual administrativa, as restantes *pretensões-urgentes-atípicas* devem constituir o objecto do processo cautelar e este segue, de igual modo, nos termos do artigo 36.º, n.º 1, alínea e), do CPTA, o modelo de tramitação urgente, previsto, designadamente, no n.º 2 daquele preceito. Como já se apontou, é a *situação-de-urgência* em que se encontra a situação carente de tutela judicial que pré-determina e pré-condiciona as diversas dimensões ou as distintas configurações que os processos urgentes podem apresentar na lei processual administrativa. E, como se verificou, o processo cautelar apresenta-se na lei processual administrativa com diversas dimensões. Por um lado, a lei processual administrativa configura a existência de um processo cautelar comum, cujo regime consta dos artigos 112.º e ss. do CPTA, constituindo a modalidade através da qual é possível obter o decretamento de qualquer providência cautelar que seja admitida na lei processual administrativa ou na lei processual civil, nos termos do artigo 112.º, n.º 2, sendo certo, pois, que é possível obter o decretamento da providência conservatória ou antecipatória ou das providências que, isolada ou cumulativamente, sejam necessárias para assegurar a utilidade da sentença a proferir no processo principal.

Antes de avançarmos para a fase de identificação do tipo de *pretensões-urgentes* que obrigatoriamente devem integrar cada um dos tipos de processos cautelares, cumpre notar que, a par dos processos cautelares especiais, o processo cautelar comum se apresenta tridimensional, isto é, apresenta três configurações, a saber: a do processo cautelar *comum-regra*, cuja disciplina está disposta nos artigos 112.º e ss., e duas outras configurações *comuns-especiais*, uma que está prevista no artigo 131.º e é apta para desembocar no decretamento provisório de qualquer providência cautelar não especificada e que realiza *pretensões-especialmente-urgentes-atípicas* e outra que está configurada no artigo 121.º e é apta para desembocar na antecipação do juízo de fundo de qualquer processo principal, sendo que a *pretensão-urgente* que constitui o seu objecto (e coincide com a pretensão a realizar no processo principal) é insusceptível de realização provisória (3.1.).

Depois, por outro lado, a lei processual administrativa consagra a existência de processos cautelares especiais, uma vez que o legislador optou por manter disposições particulares para a adopção de certas providências. O CPTA integra verdadeiros processos cautelares especiais, que se regem por disposições

particulares e que desembocam na adopção de certas providências *a priori* especificadas, qual seja a suspensão da eficácia de actos e a suspensão da eficácia de normas administrativas, ou, por exemplo, também, o processo de produção antecipada de prova — uma vez que tais disposições particulares não se limitam apenas a configurar os pressupostos de decretamento de certas providências (3.2.).

3.1. Cumpre, então, perceber, em primeiro lugar, que todas as configurações dos processos cautelares, que seguem sempre a forma de AUC, realizam *pretensões-urgentes-atípicas*. E a atipicidade da pretensão jurídica decorre do tipo não especificado da *situação-de-urgência* que, em concreto, é carente de tutela judicial. Lembremo-nos que qualquer providência cautelar visa assegurar o efeito útil de uma sentença principal. E, por isso, a situação de urgência só pode configurar-se em concreto e numa situação individual, depois de apurado o tipo de risco e a natureza do dano que decorre da demora do processo principal e que ameaça a plena efectividade da sentença definitiva, a proferir nesse processo principal. Como se sabe, e por força do artigo 268.º, n.º 4, da Lei Fundamental e artigos 2.º, n.º 1, e 112.º, n.º 1, da lei processual administrativa, no contencioso administrativo garante-se o decretamento de qualquer providência cautelar que seja adequada a assegurar a efectividade das pronúncias definitivas. E, por isso mesmo, hoje, os processos cautelares cobrem todas as *situações-de-urgência* não configuradas à partida pelo legislador, isto é, todas as *situações-de-urgência-não-especificadas* ou não tipificadas nos processos urgentes previstos no Título IV do CPTA.

O objecto do processo cautelar comum abrange qualquer tipo de *pretensão-urgente* que esteja conexo com o *periculum in mora*. E, assim, a *situação-de-urgência-atípica*, que justifica a tramitação urgente da AUC, corresponde ao «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». Com efeito, ainda que a gravidade do *periculum in mora* seja diversa conforme esteja em causa a susceptibilidade de produção de uma situação de facto consumado ou a produção de prejuízos de difícil reparação, não se duvida de que tal conceito deva aproximar-se mais da irreparabilidade e menos da irreversibilidade, sendo certo também que o conceito de irreparabilidade não deve ser associado a impossibilidade (e muito menos a dificuldade de cálculo) de indemnização pecuniária do dano. Também neste aspecto, o conceito do direito ao processo efectivo (no sentido de que o processo deve tendencialmente proporcionar aos sujeitos tudo aquilo que o direito material lhes garante) deve servir de orientação na apreciação do conceito de prejuízo de impossível reparação, uma vez que o conceito de produção de

facto consumado é, por si só e objectivamente, a negação da efectividade da tutela judicial ⁽¹⁸⁸⁴⁾.

Decorre do princípio do *numerus apertus*, consagrado actualmente no artigo 112.º, n.º 1, do CPTA, a abertura do modelo de tutela jurisdicional de urgência, em termos que AUC visa obviar a todo o tipo de *periculum in mora* que seja susceptível de ameaçar a plena utilidade da sentença definitiva. E, como se sabe, o *periculum in mora* pode traduzir-se em dois tipos de prejuízos, o de *infrutuosidade* e o de retardamento das sentenças a proferir nos processos principais. E é em função destes dois tipos de prejuízos que são configuradas as *pretensões-urgentes* que constituirão o objecto do processo cautelar, sendo que tais *pretensões-urgentes* podem, em certos casos, identificar-se com as pretensões que integrarão os objectos dos processos principais, podendo, aliás, existir uma coincidência de pretensões. Em todo o caso, a diferença entre elas residirá sempre no carácter urgente daquelas e na susceptibilidade de satisfação provisória que apresentam, em detrimento das segundas. De resto, as *pretensões-urgentes* realizam-se com o decretamento de uma providência de natureza conservatória ou com a adopção de uma providência de estrutura antecipatória, sendo que, num caso e noutro, a realização da *pretensão-urgente* através do processo cautelar se realiza através da emissão de *decisões-judiciais-de-urgência-provisórias*.

3.2. Claro está que as *pretensões-urgentes* que são o objecto dos processos cautelares especiais apresentam alguns traços específicos, uma vez que tais *pretensões-de-urgência* são contextualizadas pelo legislador. Na verdade, como a lei processual administrativa consagra a existência de regimes específicos para a adopção de certas providências cautelares especificadas, prevendo, pois, a existência de processos cautelares tipificados ou especiais, cuja disciplina é composta por normas que regem o processo cautelar comum e por normas parti-

⁽¹⁸⁸⁴⁾ A este propósito, vd. a sentença do TAF do Porto (de 25.07.2006, processo n.º 1387/06BEPRT) que ordena a suspensão da eficácia do despacho punitivo do Ministro da justiça que havia aplicado ao funcionário a pena disciplinar de suspensão graduada em vinte dias. Com efeito, o juiz considerou existir um fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação: «efectivamente, a não ser decretada a suspensão de eficácia do despacho que aplicou a pena de suspensão de 20 dias à ora requerente, caso a pretensão anulatória desse despacho formulada pela requerente venha ser julgada procedente, já não será possível proceder à reintegração específica da sua esfera jurídica, pois, que com a execução de tal despacho a requerente terá que cumprir a aludida pena de suspensão, com os óbvios prejuízos pessoais inerentes a esse cumprimento, que não poderão ser jamais apagados ainda que possa repor a sua situação profissional e remuneratória na situação que existiria se não fora o acto anulado, pois que o estigma do cumprimento indevido da pena invocado pela requerente é uma realidade irrefutável».

culares, estes processos só incluem no seu objecto *pretensões-urgentes* pré-configuradas. Por exemplo, o processo cautelar de suspensão da eficácia de um acto administrativo, que se rege pelas disposições constantes dos artigos 128.º e ss. do CPTA, inclui fundamentalmente as *pretensões-urgentes* relativas a um especial tipo de *periculum in mora*, que é aquele prejuízo que resulta agravado pela imediata execução do acto administrativo impugnado, juntando-se assim ao prejuízo atípico que decorre da própria demora do processo que segue a forma de AAE. Neste contexto, visa assegurar-se que enquanto decorre o processo principal não acontece uma alteração do *statu quo ante*, propondo-se, assim, a providência adequada a evitar ou impedir que a Administração execute ou dê continuidade à execução de acto administrativo, fundamentalmente de efeitos positivos, cuja legalidade está a ser apreciada (ou vai ser apreciada) no âmbito de uma AAE. O mesmo acontecendo com as pretensões que integram o objecto do processo de suspensão da eficácia de norma administrativa, previsto no artigo 130.º do CPTA. Nestes casos, as *pretensões-urgentes* que incluem o objecto do processo cautelar são bem distintas.

Quanto às outras, as *pretensões-urgentes* a efectivar através das providências relativas a procedimentos de formação de contratos da Administração, já sabemos neste momento quais são e como se relacionam com as demais *pretensões-urgentes* que o contencioso contratual suscita. Como vimos, no artigo 132.º, n.º 7, está prevista uma situação em que há uma total identidade entre a *pretensão-urgente* que se faz valer no processo cautelar e aquela que se faz valer no processo principal impugnatório do programa, do caderno de encargos ou qualquer outro documento conformador do procedimento de formação do contrato, com fundamento na ilegalidade das suas especificações. Com efeito, se no processo principal se pretende obter a declaração da ilegalidade daquelas disposições normativas e a consequente condenação da Administração a substituir a disposição normativa impugnada e a adoptar os actos e operações necessárias para restabelecer a situação que existiria se não tivesse sido praticada a ilegalidade, neste pretende-se a condenação antecipada da Administração a corrigir as especificações contidas nesses documentos do concurso. A *pretensão-urgente* é susceptível de decisão definitiva.

A regulação provisória do pagamento de quantias, cujo processo se rege pelo artigo 133.º, visa sobretudo obstar ao *periculum* de retardamento do processo que decidirá sobre o dever de a Administração realizar prestações pecuniárias a favor do seu credor. E, neste contexto, a *pretensão-urgente* a realizar nesta modalidade especial do processo cautelar coincide, em parte, com a pretensão a realizar naquele processo. A realização da pretensão naquele processo exige mais do que a realização desta *pretensão-urgente*, uma vez que a satisfação desta depende da existência de uma «situação de grave carência económica», cujo «prolongamento pode acarretar consequências graves e difi-

cilmente reparáveis» e pressupõe que seja provável que a pretensão a realizar no processo principal venha a ser julgada procedente. Assim, cumpre notar que se identifica em parte com a *pretensão-jurídica* a realizar no processo principal. Basta pensar que a título de antecipação, as quantias a receber (ou as prestações a realizar) podem ser no montante igual ao da quantia devida (ou da prestação em falta), só não podendo exceder as que resultariam do reconhecimento dos direitos invocados pelo requerente, sendo que, em todo o caso, o respectivo processamento se considera feito por conta das prestações alegadamente devidas, nos termos do artigo 133.º, n.º 2, do CPTA.

E a produção antecipada de prova, que é realizada segundo os termos previstos no artigo 134.º do CPTA, visa obstar a um específico *periculum in mora*. Pressupõe-se, nestes casos, que há uma pretensão de urgência na produção de certa modalidade de prova, por não ser possível aguardar pelo momento legalmente determinado para a produzir. Este processo especial visa precisamente obviar ao risco da espera pelo momento certo para proceder à produção de certo meio de prova, que provavelmente não pode vir a ser (ou muito dificilmente pode vir a ser) produzido posteriormente, naquele que seria o momento processualmente certo. O *periculum in mora*, que deve ser justificado sumariamente, corresponde ao «justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de prova pericial ou por inspecção».

Ora, daqui decorre, pois, a confirmação de que a lei processual administrativa consagra a existência de processos cautelares especiais e de um processo cautelar comum, sendo que todos encerram *pretensões-urgentes-atípicas*, *id est*, aquelas que, em qualquer caso, se configurem em função do *periculum in mora*, no caso concreto configurável, sendo certo também que as *pretensões-urgentes-atípicas* vão sendo reconduzidas para os processos cautelares. Assim, para o processo cautelar comum sumaríssimo, previsto no artigo 131.º, são direccionadas as *pretensões-especialmente-urgentes-atípicas*. Para o processo sumário previsto no artigo 121.º são direccionadas apenas algumas pretensões urgentes: precisamente, aquelas cuja tutela judicial não se compadece com uma apreciação provisória do direito e com a emissão de uma *decisão-de-urgência-provisória*. Para o *processo cautelar comum-regra* são dirigidas todas as outras *pretensões-urgentes-atípicas*. De qualquer modo, todos os processos cautelares devem seguir o modelo de tramitação urgente configurado na lei processual: que é o da AUC.

CAPÍTULO II

MODELO ABERTO DE *PRETENSÕES-DE-URGÊNCIA* E DE *DECISÕES-DE-URGÊNCIA*: A URGÊNCIA COMO FACTOR ATTRACTIVO DAS TÉCNICAS DE ACESSORIEDADE- -INSTRUMENTALIDADE, DA PROVISORIEDADE E DA ANTECIPAÇÃO — A CLASSIFICAÇÃO A PARTIR (SOBRETUDO) DE UM PERFIL FUNCIONAL

Razão de ordem: 0. Introdução. § 1. A concretização (facultativa) da acessoriedade-instrumentalidade e da provisoriedade no contencioso administrativo urgente. § 2. A concretização (lógica) da técnica da antecipação no contencioso administrativo urgente. § 3. O papel (e os poderes) do *sujeito-jurisdicional-da-urgência* na concretização da categoria de tutela de urgência

INTRODUÇÃO

A lei processual administrativa integra um conjunto de processos que seguem a mesma forma e desempenham uma mesma função — uma função apreciada no contexto da concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo. Com efeito, a realização da tutela judicial das *pretensões-de-urgência* acontece vulgarmente através da consagração de processos urgentes autónomos e através de processos urgentes cautelares, sendo que tais processos concretizam normalmente diferentes técnicas processuais. A técnica da *acessoriedade-instrumentalidade* e a técnica da provisoriedade são normalmente concretizadas em processos concebidos funcionalmente para tutelar a *situação-de-urgência* conexas com a *quaestio iuris* de um processo principal, donde resultam os processos urgentes cautelares, segundo a terminologia latina, ou os processos acessórios (*de référé* ou de *einstweilige Rechtsschutz*), *id est* os processos que desembocam na adopção de uma decisão judicial provisória.

Na verdade, os processos urgentes cautelares assumem um papel determinante na realização do direito ao processo efectivo, uma vez que a sua

marca de *acessoriedade-instrumentalidade* (mesmo quando ela é muito ténue) garante uma protecção provisória às *pretensões-jurídicas* carentes de tutela jurisdicional imediata, sendo que se pressupõe que sem essa tutela provisória o processo principal correria o risco de perder efectividade. Por isso se diz que tais processos urgentes são duplamente instrumentais perante o direito material e instrumentais perante um outro processo principal, já que servem sobretudo para garantir a efectividade da sentença que vier a ser proferida no processo principal. Contudo, se assim é no que concerne aos processos cautelares que realizam uma função conservatória, já o mesmo não se pode dizer dos processos cautelares que desembocam numa providência antecipatória, uma vez que a dupla instrumentalidade perante o direito material desaparece, mantendo-se apenas a acessoriedade-instrumentalidade estrutural do processo cautelar perante o processo principal. Aliás, a tutela das pretensões jurídicas também pode ser assegurada efectivamente sem que para o efeito se concretize no processo cautelar a *acessoriedade-instrumentalidade*.

Feita esta introdução, importa dizer que a lei processual administrativa consagra um modelo de tutela de urgência que é fundamentalmente vocacionado para realizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, sendo que tal modelo tem a sua disciplina prevista nos Títulos IV e V do CPTA. E, para realizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, estão previstos em cada título os processos urgentes autónomos e os processos urgentes cautelares. Cumpre, pois, dizer que alguns destes processos concretizam a *acessoriedade-instrumentalidade* e outros não, bem como uns concretizam a *provisoriedade* e outros não. Assim, por regra, os processos cautelares previstos no Título V do CPTA concretizam a *acessoriedade-instrumentalidade*. E esta característica do processo está marcada, designadamente, nos artigos 112.º, n.º 1, 113.º e 114.º do CPTA. E cumpre dizer também que tais processos urgentes cautelares previstos no Título V do CPTA concretizam por regra a *provisoriedade*. Tal característica qualitativa da *decisão-de-urgência* emerge, designadamente, dos artigos 122.º, 123.º e 124.º do CPTA.

Contudo, cumpre também reconhecer que a instrumentalidade está também consagrada em outros processos urgentes não cautelares, *maxime*, no processo urgente de intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, nos termos dos artigos 104.º, n.º 2, e 60.º, n.º 2, do CPTA. E a técnica da *provisoriedade* do processo cautelar está também consagrada no processo previsto no artigo 138.º do CPTA. Simultaneamente, cumpre verificar que tais técnicas de *acessoriedade-instrumentalidade* e de *provisoriedade* não são consagradas em duas modalidades do processo urgente cautelar acolhido no Título V do CPTA. Com efeito, por decisão do legislador, a *acessoriedade-instrumentalidade* e a *provisoriedade* não são consideradas técnicas adequadas para realizar as *pretensões-de-urgência* visadas

nas modalidades dos processos urgentes previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA (§ 1.).

Como se apontou, a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe a previsão de processos simplificados e estruturalmente adequados para as situações de urgência. E, como se indicou, a realização da tutela judicial das *pretensões-de-urgência* acontece vulgarmente através da consagração de processos urgentes, *maxime* através de processos urgentes cautelares, sendo que tais processos concretizam normalmente diferentes técnicas processuais. Ora, a técnica da antecipação da tutela judicial é normalmente empregue para tutelar a urgência, sendo que ela é concretizada tanto em processos urgentes cautelares como em outros processos urgentes. Na verdade, nos processos urgentes cautelares a técnica da antecipação revela-se sobretudo numa perspectiva qualitativa e funcional. E nos processos urgentes autónomos a antecipação manifesta-se fundamentalmente como quantitativa. De um modo ou de outro, cumpre dizer que tal técnica desempenha um papel determinante na realização do direito ao processo efectivo, uma vez que, mercê dos seus efeitos, a decisão antecipatória assegura, ainda que de diferentes modos, a protecção judicial das *pretensões-de-urgência*, permitindo obter a realização do direito material de forma antecipada no tempo.

Neste sentido, apraz dizer que o modelo dos processos urgentes previsto nos Títulos IV e V do CPTA integra processos que visam realizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, sendo que os processos urgentes cautelares concretizam normalmente a técnica da antecipação qualitativa (ou funcional) e outros processos urgentes concretizam outras formas de antecipação. Assim, por regra, os processos cautelares previstos no Título V do CPTA permitem aos *sujeitos-no-processo* alcançar, através de uma *decisão-judicial-de-urgência*, a realização provisória de *pretensões-jurídicas* de modo a salvaguardar a efectividade de uma decisão judicial a proferir num processo principal. E esta característica da decisão antecipatória do processo cautelar está marcada, designadamente, nos artigos 112.º, n.ºs 1 e 2, 120.º, n.º 1, alínea c), 122.º e 121.º, *a contrario*, do CPTA. E cumpre dizer também que os demais processos urgentes previstos no Título IV do CPTA permitem realizar o direito material de forma antecipada, através da aceleração na obtenção uma decisão judicial. Assim é especialmente no que concerne à intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, no âmbito do qual se reconhece melhor a concretização da técnica da antecipação. Aliás, já para não falar do efeito devolutivo que decorre da interposição de recurso jurisdicional e da possibilidade de execução de sentença antes do trânsito em julgado (nos termos do artigo 143.º, n.º 2, do CPTA), cumpre reconhecer que o processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias traduz uma modalidade especial de antecipação, uma vez que concretiza não só uma antecipação declaratória como

permite realizar uma antecipação do momento executório, permitindo ao *sujeito-jurisdicional-da-urgência* emitir uma sentença substitutiva que produz um efeito sub-rogatório da actuação do *sujeito-administrativo*. Assim é *ex vi* do artigo 109.º, n.ºs 2 e 3, do CPTA. Contudo, não obstante a técnica da antecipação qualitativa ser concretizada sobretudo nos processos albergados no Título V do CPTA, cumpre também reconhecer que a técnica da antecipação qualitativa é substituída em alguns destes processos pela técnica da antecipação quantitativa, de onde resulta a aproximação daqueles primeiros aos processos urgentes acolhidos no Título IV do CPTA. Acontece assim nas modalidades dos processos urgentes cautelares previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA (§ 2.).

Finalmente, cumpre apontar que a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe que a gestão do modelo dos processos de urgência, isto é dos processos simplificados e abreviados, esteja a cargo de um *sujeito-jurisdicional-especial*. A realização da tutela judicial das *pretenções-de-urgência* é vulgarmente realizada por um juiz detentor de amplos poderes, um *sujeito-jurisdicional-de-urgência* que é associado a um polícia do processo, quer do ponto de vista da gestão procedimental do processo, quer do ponto de vista dos poderes de pronúncia. Ora, a disciplina constante dos Títulos IV e V do CPTA consagra a atribuição de amplos e similares poderes ao juiz da urgência, independentemente de tal sujeito actuar no contexto dos processos cautelares ou no seio dos processos urgentes principais.

Na verdade, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* tem poderes similares de adaptação e de determinação da estrutura dos processos, independentemente de se tratar de um processo previsto no Título IV ou do Título V. Para além de outros exemplos que aqui cumpriria trazer à colação, é suficiente apresentar aquele que melhor traduz o que mencionámos, é o que decorre fundamentalmente do artigo 111.º e o que emerge do artigo 131.º, nos quais o legislador veio consagrar exactamente a mesma terminologia para especificar o conjunto de poderes excepcionais de que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* goza para adaptar a tramitação da acção urgente à intensidade da urgência alegada — independentemente de falarmos de processos urgentes principais ou cautelares. Mas há outros exemplos.

Depois, importa perceber que alguns dos poderes exorbitantes do *sujeito-jurisdicional-de-urgência* se reflectem no momento da decisão e no momento da fixação do conteúdo das pronúncias judiciais de urgência. Assim, a este propósito, cumpre dizer que a semelhança da natureza de poderes exorbitantes, que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* exerce no contexto de processos previstos no Título IV e que exerce nos meandros da disciplina constante do Título V, manifesta-se, por exemplo, nos artigos 109.º, n.ºs 1 e 2, e 110.º, n.º 4, relativamente ao processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, e nos artigos 112.º, n.ºs 1 e 2, 121.º e 132.º, n.ºs 1 e 7. E, de

novo, a semelhança de poderes é reflectida nos artigos 120.º, n.ºs 2 e 3, e 132.º, n.º 6. E, finalmente, tal semelhança reflecte-se igualmente nos artigos 110.º, n.º 5, e 127.º, n.º 2, a propósito da possibilidade de condenação da entidade em causa no pagamento de sanções pecuniárias compulsórias (§ 3.).

§ 1. A CONCRETIZAÇÃO (FACULTATIVA) DA ACESSORIEDADE-INSTRUMENTALIDADE E DA PROVISORIEDADE

Razão de ordem: 0. Introdução. **1.** A instrumentalidade do processo cautelar e do processo previsto no artigo 104.º, n.º 2, do CPTA. **2.** A provisoriedade do processo cautelar e do processo previsto no artigo 138.º do CPTA. **3.** A ausência de instrumentalidade e de provisoriedade nas modalidades processuais previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA

0. Introdução

A concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe a previsão de processos simplificados e estruturalmente adequados para as situações de urgência. Se tradicionalmente os processos cautelares garantiam a efectividade da tutela judicial e respondiam a toda a demanda de tutela urgente, hoje a realização da tutela judicial das *pretensões-de-urgência* acontece através da consagração de processos especiais, de estrutura simplificada e de tramitação urgente, sendo que tais processos concretizam normalmente diferentes técnicas processuais. A técnica da acessoriedade-instrumentalidade e a técnica da provisoriedade são ainda as técnicas comumente empregues nos sistemas europeus para tutelar a urgência, dando origem aos processos urgentes cautelares, de acordo com a terminologia latina, ou processos acessórios que desembocam na emissão de *decisões-judiciais-de-urgência-provisórias*.

Contudo, há igualmente processos que também servem para tutelar as *pretensões-de-urgência* que dispensam claramente a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade*. Assim acontece, entre nós, com os processos urgentes previstos no Título V do CPTA. De qualquer modo, tanto um tipo como o outro são instrumentos de concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo e visam realizar a tutela judicial efectiva do direito material ou do direito substantivo, sendo que tanto um como o outro tipo realizam pretensões jurídicas substantivas. É certo que esta afirmação, porque pode embater de frente com o conceito tradicional de instrumentalidade do processo cautelar, precisa de explicação e correcção. Com efeito, se tradicionalmente os processos urgentes cautelares são designados como processos duplamente instrumentais ou como processos que se caracterizam pela sua instrumentalidade

ao quadrado, a verdade é que tais processos urgentes nem sempre assim podem ser caracterizados. De facto, só os que desembocam em certo tipo de decisões meramente conservatórias se podem assumir como duplamente instrumentais perante o direito material ou perante a pretensão jurídica substantiva, já que tramitando de forma dependente e tendo como função primordial assegurar a efectividade de um processo ordinário, eles visam assegurar sobretudo a utilidade da sentença principal, sendo que neles, muitas vezes, o direito material não chega sequer a ser analisado, nem chega sequer a ser aplicado provisoriamente. E é por isso que a instrumentalidade do processo cautelar existe perante outro processo e não perante o direito material.

Contudo, se assim é no que concerne a certas providências conservatórias, já o mesmo não pode dizer-se no que respeita ao processo urgente cautelar que desemboca na emissão de uma *decisão-de-urgência-antecipatória-provisória*, uma vez que esta realiza provisoriamente a tutela judicial das pretensões jurídicas substantivas, garantindo assim a protecção judicial provisória do direito material ameaçado de lesão. Neste contexto, cumpre, pois, reconhecer que a função aqui desempenhada pelo processo urgente cautelar é idêntica à desempenhada pelos processos urgentes autónomos. A diferença reside tão-somente na técnica concretizada na estrutura do processo. De facto, a diferença existente entre certos processos cautelares e outros processos urgentes não é de função mas de técnica. Os processos urgentes autónomos não estão condicionados pela acessoriedade-instrumentalidade e é por isso que desembocam em decisões de fundo. Já os processos urgentes cautelares, concretizando a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade*, permitem, pois, realizar a tutela judicial efectiva de todas as *pretensões-de-urgência-atípicas*, por referência a uma situação litigiosa principal, sendo que a tutela judicial do direito material é apenas realizada provisoriamente.

Neste sentido, importa perceber que o modelo dos processos urgentes previsto nos Títulos IV e V do CPTA integra processos que visam realizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo e para o efeito concretizam esta técnica. Aliás, os processos urgentes cautelares previstos no Título V do CPTA concretizam a *acessoriedade-instrumentalidade*, sendo que o laço de dependência estrutural que liga o processo acessório ao principal pode ser mais forte ou mais ténue, dependendo da opção de política legislativa. Entre nós, o laço existente entre o processo acessório e o processo principal é muito mais forte do que aquele que liga, por exemplo, o processo de *référé* ou o *Eilverfahren* (relativo à emissão da *einstweilige Rechtsschutz*) aos respectivos processos principais. E esta característica do processo está marcada nos artigos 112.º, n.º 1, 113.º e 114.º do CPTA. De qualquer modo, esta instrumentalidade (ou «instrumentalidade ao quadro»), que combina com a acessoriedade-instrumentalidade que caracteriza estruturalmente o processo cautelar, não caracteriza os processos urgentes abrangidos pelo Título IV do CPTA (1).

Enfim, avançando um pouco mais na caracterização da função dos processos urgentes, cumpre também dizer que tais processos urgentes cautelares previstos no título V do CPTA concretizam por regra a técnica da provisoriedade qualitativa. E tal característica da interinidade da *decisão-de-urgência* está em sintonia com a sua função. Assim, a decisão judicial que é proferida em processos que concretizam a *acessoriedade-instrumentalidade* tem um conteúdo preciso e produz efeitos apenas num período de tempo determinado. Assim, a *decisão-de-urgência* em causa não é apenas provisória porque realiza a tutela da pretensão jurídica de certo modo — deixando aberta a questão litigiosa existente entre as partes. Ela é também provisória porque é temporária e incapaz de adquirir autoridade de caso julgado. Tal característica da decisão proferida em processos urgentes acessórios está marcada designadamente nos artigos 122.º, 123.º e 124.º do CPTA (2.).

Contudo, cumpre também reconhecer que a instrumentalidade está também consagrada em outros processos urgentes não cautelares, *maxime*, no processo urgente de intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, nos termos dos artigos 104.º, n.º 2, e 60.º, n.º 2, do CPTA. E a técnica da provisoriedade do processo cautelar está também consagrada no processo previsto no artigo 138.º do CPTA. Simultaneamente, cumpre verificar que tais técnicas de *acessoriedade-instrumentalidade* e de provisoriedade qualitativa não são consagradas em duas modalidades do processo urgente cautelar. Com efeito, por decisão do legislador, a *acessoriedade-instrumentalidade* e a provisoriedade não são consideradas técnicas adequadas para realizar as *pretensões-de-urgência* visadas nas modalidades dos processos urgentes previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA (3.).

1. A instrumentalidade do processo cautelar e do processo previsto no artigo 104.º, n.º 2, do CPTA

Todos os processos urgentes concretizam o direito ao processo efectivo e todos os processos urgentes consagrados no CPTA visam assegurar a tutela judicial efectiva do direito substantivo. Contudo, não obstante realizarem o mesmo fim, as técnicas empregues nesses processos são distintas. Os processos cautelares visam assegurar a tutela jurisdiccional efectiva do direito material a realizar num outro processo principal, caracterizando-se pela instrumentalidade⁽¹⁸⁸⁵⁾ e pela *acessoriedade* (1.1.). Já os processos urgentes autónomos dis-

(1885) Sobre este tema, em geral, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «Tutela cautelar», CJA, 34, 2002, pp. 45 ss.; CARLA AMADO GOMES, «O regresso de Ulisses: um olhar sobre a reforma da

pensam a técnica da acessoriedade-instrumentalidade, não obstante também servirem para realizar a tutela jurisdicional efectiva do direito material em causa invocado (1.2.).

Assim, cumpre dizer, num primeiro momento, que quando falamos de instrumentalidade, queremos dizer duas coisas, a saber: *primo*: que a expressão é aqui empregue para dizer que a tutela judicial que se proporciona através do processo urgente acessório visa garantir a efectividade da decisão judicial que vier a ser proferida num outro processo principal (1.1.1.). E, *secundo*, que a expressão acessoriedade-instrumentalidade decorre da dependência estrutural do processo perante outro processo. O conceito de instrumentalidade deve ser revistado (1.1.2.).

1.1. Tradicionalmente sempre se afirmou que o processo cautelar é instrumental perante o processo principal, sendo que somente um número muito reduzido de autores foi afirmando que a instrumentalidade não seria a característica distintiva dos processos cautelares (1886). Enfim, em primeiro lugar, a afirmação da instrumentalidade do processo cautelar surge tendo por pano de fundo a ideia de que todos os processos são instrumentais perante o direito material. E neste sentido, o processo cautelar é caracterizado como duplamente instrumental. Aliás, remonta à escola italiana a corrente doutrinal que aponta a instrumentalidade como a principal característica do processo cautelar. É neste cenário que o processo urgente cautelar é tido como duplamente instrumental, dizendo-se que padece de instrumentalidade ao quadrado perante o direito material, uma vez que se revela sobretudo instrumental perante outro processo e só depois é instrumental, já num segundo grau, perante o direito material, sendo que a sua função é precisamente assegurar a plena utilidade da sentença que vier a ser emitida nesse processo e não realizar imediatamente

justiça cautelar administrativa», CJA, 39, 2003, pp. 3 ss.; TIAGO AMORIM, «Apontamentos sobre as condições de procedência das providências cautelares no novo processo administrativo», ROA (ano 63), 2003, pp. 415 ss.; MARIA FERNANDA MAÇÃS, «As formas de tutela urgente...», cit., pp. 41 ss.; D. FREITAS DO AMARAL, «As providências cautelares no novo contencioso administrativo», CJA, 43, 2004, pp. 4 ss.; Paulo H. Pereira Gouveia, «As realidades da nova tutela cautelar administrativa», CJA, 55, 2006, pp. 3 ss.; ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit., pp. 331 ss.; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 325 ss., esp. pp. 345 e 349, 350 e 351; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 290 ss., esp. pp. 323 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 551 ss.; MIGUEL PRATA ROQUE, *Reflexões sobre...*, cit., pp. 31 ss.

(1886) Como vimos, na parte II desta dissertação, negando que a característica da instrumentalidade fosse a característica distintiva da tutela cautelar, vd., por exemplo, F. LANCELLOTTI («Osservazioni critiche...», cit., pp. 232 ss.; IDEM, *Contributo allo studio sistematico della cautela giuridica*, Padova, 1942) e C. CALVOSA («In tema di provvedimenti...», cit., pp. 211 ss.; IDEM, *La tutela cautelare (profilo sistematico)*, Torino, 1963).

a tutela judicial do direito material. Aliás, em relação a este aspecto não pode esquecer-se que esta posição da escola italiana assenta nos ensinamentos da escola germânica e na ideia de que os processos cautelares não são senão meros instrumentos ao serviço do processo de execução. De resto, o processo cautelar começou por ser somente o processo de arresto e começou por ser um mecanismo de garantia do património do devedor, com vista à execução forçada da sentença. E mesmo na actualidade, esta função garantística da execução-efectividade da sentença está ainda presente. A sistematização da ZPO ainda revela esta atitude, ao integrar os processos relativos à *einstweilige Rechtsschutz* no Livro VIII da ZPO, relativo à «execução forçada». Em suma, revelando-se em muitos momentos como incapaz de realizar o direito material, o processo urgente cautelar surge como eminentemente instrumental perante outro processo e é por isso mesmo que, tramitando sem autonomia, é acessório e depende do principal em muitos aspectos, sendo que a relação de dependência pode variar de intensidade.

Enfim, em termos de princípio e sem prejuízo da correcção de pormenor que se efectuará em torno da função da providência antecipatória, é importante sublinhar que, mais do que tutelar de forma imediata uma *pretensão-jurídica* contextualizada em *situação-de-urgência-típica*, como acontece nitidamente nos processos urgentes autónomos, os processos urgentes cautelares garantem uma tutela mediata do direito material ou da pretensão substantiva, uma vez que eles têm como função específica assegurar o efeito útil das sentenças que versam sobre as *pretensões-jurídicas* ditadas no âmbito das acções administrativas principais. Assim é por força do artigo 268.º, n.º 4, da CRP e artigos 2.º, n.º 1, e 112.º, n.º 1, do CPTA. Os processos urgentes cautelares cumprem uma função instrumental e têm, pois, um papel secundário perante os processos principais, já que são estes que realizam de forma imediata o direito material que regula as relações jurídico-administrativas.

E é neste contexto que se compreende que, por via do princípio do *numerus apertus*, consagrado no artigo 112.º, n.º 1, do CPTA, seja possível assegurar a efectividade da tutela judicial que vier a ser concedida no contencioso administrativo, sendo possível decretar as providências que se mostrem adequadas a minimizar os prejuízos de *infrutuosidade* e de retardamento das sentenças a proferir nos processos principais, quer as de natureza conservatória, quer as de estrutura antecipatória. Assim, se aquelas reduzem ou neutralizam o perigo que a demora do processo implica em termos de alteração superveniente do objecto da causa e a consequente impossibilidade de execução de sentença definitiva, já as providências antecipatórias ampliam o estado de facto e de direito subjacente à causa principal, procurando obstar ao prejuízo ou ao perigo que decorre da impossibilidade de se proceder à satisfação imediata do direito material (ou prejuízo de retardamento). Neste contexto, e de

acordo com a terminologia latina, estas providências cautelares antecipam os efeitos (ou parte dos efeitos) da sentença principal, satisfazendo provisoriamente o direito material ou a pretensão jurídica substantiva do requerente. É exatamente aqui que cumpre reflectir sobre o conceito de instrumentalidade. Voltaremos a esta questão.

1.1.1. *A instrumentalidade ao quadrado dos processos urgentes cautelares* está presente na cláusula aberta do artigo 112.º, n.º 1, do CPTA *ex vi* do artigo 2.º, n.º 1, do CPTA, sendo que ela traduz a função servil das providências nele decretadas para assegurar a efectividade do processo principal — e assim acontece fundamentalmente no que concerne às providências conservatórias. E a *instrumentalidade* funcional do processo urgente cautelar reflecte-se fundamentalmente na acessoriedade estrutural do processo, já que há um «cordão umbilical» que ata as duas vias processuais. De facto, a relação de *acessoriedade-instrumentalidade* está bem concretizada nas próprias disposições que regem a estrutura e a tramitação do processo urgente cautelar, uma vez que tais preceitos revelam que há um *nexo* ou um *vínculo* que liga as duas vias processuais, ainda que deixe espaços de relativa e necessária autonomia. O processo urgente cautelar é «braço avançado»⁽¹⁸⁸⁷⁾ do processo principal e, por isso, o CPTA prevê uma relação de relativa autonomia e de relativa dependência do processo urgente cautelar perante o processo principal.

Reforçando a mesma ideia, cumpre sublinhar que essa relação de relativa dependência do processo cautelar perante o processo principal revela-se no regime da legitimidade das partes, no critério que determina a competência do tribunal, na vigência da decisão e na duração dos efeitos das providências, bem como na origem da extinção dos efeitos das mesmas, no momento em que o processo cautelar deve ser instaurado e no modo como tramita. Assim, o processo cautelar tem tramitação autónoma, mas é apensado ao processo principal (artigo 113.º, n.ºs 2 e 3); a legitimidade da parte no processo cautelar afere-se pela legitimidade da parte no processo principal (artigo 112.º, n.º 1, e artigo 113.º, n.º 1); o tribunal competente para decidir a causa cautelar é o tribunal competente para julgar o processo principal (artigos 20.º, n.º 6, e 114.º, n.º 2); um conjunto de causas de caducidade da providência dizem respeito às vicissitudes do processo principal (artigos 122.º, n.ºs 2 e 3, e 123.º); o processo cautelar pode ser instaurado tanto previamente como juntamente com o processo principal, sendo que podem requerer-se providências cautelares durante a pendência do próprio processo principal, quer

(1887) Por todos, M. DINI/E. A. DINI, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 44 a 57; e E. A. DINI/G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 12 ss., esp. pp. 23 ss.

em sede de recurso jurisdicional quer em sede de execução (artigos 113.º, n.º 1, e 114.º, n.º 1, alíneas *a*), *b*) e *c*)). Ou seja, quanto à regra temporal, como escreve JOÃO CAUPERS, ela «é simples»: a providência «pode ser pedida quando se precisa dela» (1888) e quanto à regra da necessidade do processo cautelar ela é também simples, a saber: o processo urgente cautelar deve ser accionado quando, perante certa *pretensão-de-urgência-atípica ou periculum in mora*, a efectividade de um processo principal esteja (fundadamente) ameaçada de perda.

1.1.2. Regressando à questão da instrumentalidade do processo cautelar, importa atentar neste conceito, mormente quando pretendemos explicá-lo no quadro das providências antecipatórias. E assim é porque o processo urgente cautelar também realiza a pretensão jurídica substantiva, ou seja também tem como finalidade realizar o direito material, sendo que nestes casos a tal dupla instrumentalidade que normalmente se invoca como típica do processo cautelar é bem menor, é muito ténue, chegando a desaparecer em certos momentos, pois a decisão cautelar que será proferida nesse processo vai incidir verdadeiramente sobre a situação material controvertida (1889).

Com efeito, um pouco à semelhança do modelo cautelar alemão (previsto sobretudo no artigo 19.4 da GG e §§ 80 e 123 da VwGO, onde se prevê a adopção da *Sicherungsanordnung* (que visa «manter o status quo») e da *Regelungsanordnung* (que visa «ampliar o status quo»)] (1890), a actual disciplina processual administrativa permite a decretação de providências cautelares com natureza conservatória e as providências cautelares com natureza antecipatória. E estas cumprem no contencioso administrativo duas funções diferentes: uma função asseguradora e uma função realizadora interina do direito — idênticas, respectivamente, à *Sicherungsfunktion* e à *interimistische Befriedungsfunktion*, vulgarmente atribuídas àquelas ordens provisórias (1891).

É neste contexto que se percebe que a providência cautelar antecipatória, segundo a matriz latina, ou a *decisão-de-urgência-provisória-reguladora*, segundo a terminologia alemã, realiza uma tutela de urgência do direito material, sendo que tal realização é apenas provisória, manifestando-se, por exemplo, no processo urgente cautelar quando a pretensão jurídica acautelanda coincide na totalidade com a pretensão jurídica acautelada. Assim acontece designadamente no processo urgente cautelar através do qual se solicita a

(1888) JOÃO CAUPERS, *Introdução...*, cit., p. 368.

(1889) Exactamente neste mesmo sentido, F. TOMMASEO, *I provvedimenti...*, cit., esp. pp. 147 ss.

(1890) Exactamente neste sentido, F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., p. 566.

(1891) Por todos, e para uma síntese, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I)...», cit., pp. 671 ss., esp. p. 673.

condenação da entidade administrativa *num facere* e tal conduta (por exemplo, a entrega de uma coisa ou o pagamento de uma quantia) corresponde à pretensão jurídica que é deduzida na causa principal, ou quando através do processo cautelar se obtém a providência antecipatória constitutiva de admissão, de autorização ou nomeação, sendo estes os efeitos a ver reconhecidos na ação principal. Nestes casos, sendo muito ténue a relação de instrumentalidade, é evidente que a concretização da técnica da *accessoriedade-instrumentalidade* depende de uma opção de política legislativa. E esta conclusão decorre simplesmente quer da *praxis* nacional dos tribunais, quer do conhecimento que se tem sobre o modo como no panorama legislativo francês se *experientia* o *référé-provision*, quer no contexto do processo civil, quer no quadro do contencioso administrativo, acontecendo o mesmo no panorama processual alemão.

Cumpra, pois, perceber que uma coisa é a *accessoriedade* e a dependência estrutural do processo outra é a *instrumentalidade-funcional*, em termos que a *accessoriedade* pode ser prevista mesmo que a dupla instrumentalidade ou a tal instrumentalidade ao quadrado seja muito fraca. Em suma, três são as ideias a apurar, a saber: *primo*: o processo cautelar que desemboca na emissão de uma providência antecipatória é fundamentalmente instrumental perante o direito material, já que o realiza provisoriamente, e é instrumental perante o direito material como são de resto todas decisões de urgência proferidas nos processos urgentes autónomos. *Secundo*: independentemente do maior ou menor grau de instrumentalidade do processo cautelar perante outro processo, a técnica da *accessoriedade* ou dependência estrutural do processo está consagrada na lei, não fazendo diferença o tipo de providência decretada e o tipo de *periculum in mora* invocado. *Tertio*, o legislador pode moldar a *accessoriedade-instrumentalidade*, dando maior ou menor independência ao processo acessório perante o principal. Por exemplo, o legislador pode dispensar as partes de accionarem o processo principal, ou pode sujeitar apenas uma das partes a tal encargo ou pode fazer depender do juiz a determinação do período de tempo de vigência da providência. Por exemplo, no contexto da ZPO, a parte onerada com tal encargo é a parte que sofre com o decretamento da providência, sendo que é ela quem tem de solicitar ao juiz que determine um prazo para que a parte que beneficia da providência desencadeie o processo principal. Portanto, a vigência da *decisão-de-urgência* proferida no processo acessório pode ser maior ou menor, podendo até adquirir estabilidade, dependendo da opção de técnica legislativa. Aliás, no ordenamento jurídico italiano, por exemplo, a legislador veio precisamente introduzir significativas alterações no que concerne às providências antecipatórias, permitindo que as mesmas ganhem estabilidade e autonomia processual se o processo principal não for proposto no prazo legal ou judicial determinado. Esta alteração introduzida recen-

temente no c.p.c. italiano, já há muito tempo sugerida por PROTO PISANI, é a confirmação da ideia de que as providências cautelares antecipatórias têm esta capacidade para realizar o direito ⁽¹⁸⁹²⁾.

Entre nós, estabelece-se fundamentalmente a regra da caducidade dos efeitos da providência em conexão com as vicissitudes do processo principal. O legislador pode igualmente fazer depender o decretamento da providência provisória da prévia propositura da acção principal ou, pelo contrário, pode simplesmente exigir que o processo principal seja accionado posteriormente, durante um período determinado, permitindo assim obter uma providência *ante causam*. Aliás, como veremos com mais cuidado, a relação de acessoriedade do processo cautelar perante o principal determina o *thema decidendum* do processo cautelar e condiciona o tipo de cognição a efectuar sobre esse *thema decidendum* do processo acessório, bem como restringe o julgamento da *quaestio facti* e da *quaestio iuris*.

Finalmente, não pode deixar de se reconhecer que a relação funcional do processo cautelar perante o processo principal varia de grau, sendo que, em certas situações, o processo urgente cautelar ganha autonomia funcional, assumindo-se como qualquer outro processo urgente, como realizador interino do direito material e das pretensões jurídicas substantivas. Ora, nestes casos, também o laço que prende o processo acessório ao processo principal varia de intensidade, podendo ser totalmente dispensado. Afinal, a técnica da acessoriedade-instrumentalidade pode revelar-se como aspecto não desejado, por condicionar o tipo de tutela que nele se decreta. Não é de estranhar, aliás, que um dos fenómenos do contencioso pós-moderno seja o da anulação do carácter acessório do processo cautelar perante o processo principal, sendo que tal anulação é imediatamente contemplada na lei processual como legítima, sendo noutros casos remetida para o *sujeito-jurisdicional-da-urgência*. Assim acontece entre nós, quer no processo civil, quer no processo administrativo.

1.2. Como se apontou a *acessoriedade-instrumentalidade* não passa hoje de uma técnica que tanto pode ser positivada como dispensada nos processos de urgência. Os processos urgentes acomodados no Título IV do CPTA não concretizam esta técnica, sendo, pois, clara a relação imediata entre o processo e a realização do direito material (1.2.1.). Ainda assim, tal relação pode faltar, num certo momento, ao processo de intimação para a prestação de informações, consulta de processos e passagem de certidões (1.2.2.).

⁽¹⁸⁹²⁾ Sobre este tema, vd. o prefácio de F. LAZZARO a G. IOFRIDA/A. SCARPA, *I nuovi procedimenti cautelari dopo la legge n.º 80 del 2005, il D.L. n.º 271 del 2005 e la Legge n.º 51 del 2006*, Milano, 2006, pp. VI a VIII.

1.2.1. Porque o objecto do processo eleitoral, previsto no artigo 97.º e ss. do CPTA, integra uma modalidade típica de *pretensões-urgentes*, *id est*, pretensões concernentes a uma situação de carência de tutela judicial envolvida numa situação de urgência respeitante a um certo procedimento eleitoral que padece de invalidades, tal processo urgente visa realizar de forma autónoma a pretensão de quem pode ser elegível ou eleito no respectivo procedimento eleitoral, restaurando, assim, o direito material em causa violado. E, quanto ao processo impugnatório previsto no artigo 100.º do CPTA, porque o seu objecto corresponde a dois tipos de *pretensões-(impugnatórias)-urgentes* relativas à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, tal processo permite alcançar de forma autónoma a satisfação das pretensões de impugnação de actos administrativos praticados durante o procedimento pré-contratual de qualquer um desses contratos e a impugnação de *documentos normativos* conformadores do procedimento de formação desses contratos, com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras, podendo, assim, através deste processo autónomo, o direito material ser imediatamente restaurado. Cumpre notar também que, não obstante ser designado como processo impugnatório, o objecto deste processo especial pode, na verdade, integrar outras pretensões jurídicas, e, assim, através dele pode o juiz declarar a invalidade de um destes contratos, se entretanto vier a ser celebrado, e pode fixar o valor da indemnização a atribuir ao autor do processo, se entretanto se tiver consolidado uma situação de impossibilidade absoluta, que impeça o autor de obter a restauração *in natura* da sua pretensão jurídica. De um modo ou de outro, procede-se à aplicação do direito material e realiza-se através do processo a satisfação das pretensões jurídicas substantivas.

E o mesmo acontece por aplicação dos restantes processos alojados no Título IV do CPTA, que o legislador designa de «intimações». Tanto a intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, contemplada nos artigos 104.º e ss. da lei processual, como a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, que é contemplada nos artigos 109.º e ss. do CPTA, visam realizar de forma imediata, *rectius*, de forma directa, a tutela judicial de direitos fundamentais. Aliás, este processo urgente de intimação para protecção de direitos fundamentais, previsto nos artigos 109.º e ss. do CPTA, porque tem como objecto pretensões relativas à protecção urgente de direitos, liberdades e garantias perante as entidades públicas e privadas, tem como função garantir a concreta realização desses direitos, não existindo qualquer função duplamente instrumental perante um outro processo. Bem pelo contrário, este processo urgente autónomo é claramente um exemplo de um processo urgente em relação ao qual o legislador desejou afastar a técnica da acessoriedade-instrumentalidade. Na verdade, como se percebe da leitura do artigo 109.º, cum-

pre concluir que, tratando-se de assegurar o exercício em tempo útil de direitos, liberdades e garantias e tratando-se de realizar o direito material em certo tipo de circunstâncias, a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade* foi afastada da estrutura procedimental, porque o legislador considerou que, nestes casos, a técnica se revelaria como insuficiente ou impossível para assegurar a realização da função talhada para o processo, que é realizar a tutela jurisdicional efectiva de direitos, liberdades e garantias. Aliás, não deixa de ser curioso que o legislador tenha posto à disposição dos particulares várias alternativas processuais em matéria de direitos, liberdades e garantias. E essas alternativas ora concretizam a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade*, como acontece especialmente em caso de lesão iminente e irreversível de direitos, liberdades e garantias (nos termos do artigo 131.º, n.º 3), ora dispensam tal técnica, concretizando outras.

1.2.2. Já quanto ao processo de intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, previsto no artigo 104.º do CPTA e inserido no Título IV do CPTA, temos de reconhecer que este é um processo que tanto concretiza como dispensa em absoluto tal técnica. Com efeito, através deste processo, que segue a forma de AACUII, podem realizar-se todas as *pretensões-urgentes-informativas*, quer esteja em causa o direito à informação procedimental, quer esteja em causa o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, incluindo o acesso aos ficheiros públicos de dados pessoais, substituindo, assim a acção especial a que se referia o artigo 17.º da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto. E quando assim é, este processo realiza de forma autónoma não só as *pretensões-urgentes* relativas ao exercício dos direitos fundamentais à informação procedimental, fundado na Lei Fundamental nos artigos 268.º, n.º 1, e 61.º a 64.º do CPA, como também realiza a *pretensão-urgente* relativa à informação extra-procedimental, consagrado no artigo 268.º, n.º 2, da CRP e na LARDA. Contudo, como este processo não abandonou por completo a sua anterior natureza cautelar e a sua «função instrumental»⁽¹⁸⁹³⁾, ele pode também reassumir a sua função acessória perante o processo que tem por objecto a pretensão emergente da prática ou omissão ilegal de actos administrativos e que segue o modelo de tramitação ordinário, em termos que os particulares e o Ministério Público, interessados na sua propositura, podem obter a notificação integral de um acto administrativo (nos termos do artigo 60.º, n.º 2) através de tal intimação.

(1893) Neste sentido, reconhecendo a dupla natureza ao processo de intimação para prestação de informações, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., p. 280; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 258 e 259; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 521.

Como se percebe, o processo que segue a forma especial de AADUII é assim concebido como processo principal autónomo para assegurar o direito à informação, legal e constitucionalmente garantido, mas é também um processo que não deixa de revelar uma função instrumental, uma vez que mantém igualmente a sua função instrumental perante outro processo, podendo ser accionado para obtenção de elementos que são indispensáveis à utilização de um meio administrativo ou processual. Ora, o processo que segue a forma especial de AACII pode servir para obter a notificação integral de um acto administrativo. E, neste caso, o interessado pode solicitar elementos que considere necessários para instruir uma acção impugnatória de um acto administrativo que pretende accionar: elementos que a Administração não integrou na notificação (publicação) do acto ou integrou de forma deficiente. Tal pedido pode contemplar a indicação do autor do acto, da data em que o acto foi praticado e dos fundamentos da decisão, produzindo «efeito interruptivo» quanto aos prazos em curso para accionar este processo principal (artigo 106.º).

Temos para nós que, não obstante as classificações que o legislador realizou, há uma absoluta identidade funcional e estrutural entre esta intimação (pelo menos neste perfil explicado) e o processo para produção antecipada de prova, previsto no artigo 134.º do CPTA. Aliás, ambos concretizam as modalidades da sumariedade procedimental e não concretizam a técnica da provisoriedade. Este último está, contudo, previsto no Título V do CPTA, no título referente aos processos cautelares. Todavia, no que respeita à estrutura e função, ele assemelha-se mais aos processos urgentes autónomos, mais propriamente da intimação para prestação de informações, sendo que este processo se enquadra no contexto das diligências de prova. Tem, sem dúvida alguma, especificidades funcionais próprias e tem características distintas das que apresentam os demais processos cautelares. De facto, não obstante ser um processo que tramita apensado ao processo principal, a instrumentalidade daquele ao primeiro é muito ténue, uma vez que atende a uma *situação-de-urgência-típica* e relativamente autónoma. Pressupõe-se, nestes casos, que há uma situação de urgência na produção de certa modalidade de prova, por não ser possível aguardar pelo momento legalmente determinado para a produzir. Tal urgência na produção de prova é, pois, incompatível com a espera do momento adequado para a realizar. E estes aspectos caracterizam, na verdade, a situação de urgência, mas não revelam a instrumentalidade típica de uma providência cautelar conservatória.

2. A provisoriedade do processo cautelar e do processo previsto no artigo 138.º do CPTA

Associada à acessoriedade-instrumentalidade anda a provisoriedade. Cumpre dizer, aliás, que a provisoriedade tem especial significado no contexto da

tutela de urgência, não obstante também poder ser concretizada noutra domínio de situações jurídicas carentes de tutela judicial e com vista a realizar outro tipo de valores. A provisoriedade chega a ser para um sector da doutrina, sobretudo francesa e alemã, a principal característica dos processos que são concebidos para tutelar a urgência. E, neste quadro, a provisoriedade diz-se qualitativa. Também entre nós, a decisão de urgência tem tal perfil quando é emitida no âmbito dos processos urgentes cautelares. Contudo, também aqui a provisoriedade da decisão do processo cautelar continua a ser entendida em vários sentidos, tal como decorre dos preceitos do CPTA (2.1.). Como se apontou, a provisoriedade não é apanágio apenas das decisões proferidas nos processos que integram o título V. Há uma decisão intercalar proferida no processo materialmente urgente, no processo previsto no artigo 138.º do CPTA, que também se caracteriza pela provisoriedade (2.2.).

2.1. Como se indicou nas considerações introdutórias, a técnica da provisoriedade está consagrada nos processos previstos no Título V do CPTA. E assim, cumpre reconhecer que este conceito se nos apresenta em dois sentidos. O primeiro, que associamos ao verdadeiro sentido (ou sentido qualitativo) da provisoriedade, concerne ao conteúdo da decisão proferida no âmbito do processo de urgência acessório e ele relaciona-se com a impossibilidade de, no processo cautelar, a questão jurídica a decidir na causa principal ser antecipadamente analisada e na impossibilidade de tal questão ser naquele processo acessório decidida de forma conclusiva. Uma vez que a decisão de urgência que é proferida no processo cautelar é fundamentalmente provisória quanto ao fim, o termo qualitativo decorre mais do perfil funcional da decisão provisória do que propriamente da natureza provisória dos efeitos a produzir (2.1.1.). Aliás, o segundo, que associamos ao sentido quantitativo da provisoriedade, esse sim concerne à duração limitada dos efeitos da decisão cautelar no tempo e à sua incapacidade para produzir efeitos de caso julgado, quer no próprio processo cautelar, quer perante a causa principal (1894) (2.1.2.).

2.1.1. Apelando ao sentido qualitativo da provisoriedade, cumpre dizer que tal característica é tradicionalmente associada aos processos urgentes que também concretizam a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade*. E, assim,

(1894) Neste sentido, como já fizemos referência, E. GARCÍA DE ENTERRÍA («Prólogo» a ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução...*, cit., esp. pp. 12 e 13; tb. publ. in: REDA, 115, 2002, pp. 393 ss.) considera a provisoriedade, avaliada pela incapacidade de formar caso julgado (juntamente com a sumariedade) a principal característica distintiva da tutela cautelar.

falando de decisões que são proferidas no seio de processos urgentes cautelares, a provisoriedade decorre do conteúdo limitado dessas decisões e da impossibilidade de tais decisões decidirem de forma definitiva a pretensão jurídica que é objecto da lide principal. E, assim, não querendo descrever todo o processo evolutivo do estudo desenvolvido pela ciência do direito processual sobre esta questão, que passou, por exemplo, por considerar a decisão de urgência como *minus* e depois como um *aliud* perante a causa principal, cumpre agora tão-somente lembrar que a provisoriedade decorre do carácter instrumental do processo urgente cautelar perante a efectividade de outro processo, em termos que o conteúdo daquela decisão se encontra condicionado pela função do processo em que é emitida e pelo conteúdo da decisão principal a acautelar. E, assim, hoje tem-se por certo que a provisoriedade da decisão de urgência cautelar (ou de urgência em sentido restrito, tratando-se da decisão de *référé* ou da *einstweilige Rechtsschutz*) significa fundamentalmente três coisas, a saber: *primo*: que a apreciação da *quaestio iuris* da causa principal pode realizar-se no processo cautelar, sendo que tal apreciação, por referência ao direito material a aplicar na causa principal, deve ser sempre inconclusiva; *secundo*, que o julgamento da *quaestio iuris* pode acontecer na condição de o mesmo ficar em aberto, isto é, na condição de tal questão vir a ser definitivamente decidida pelo juiz da causa principal; e *tertio*, que do julgamento antecipado não resulte a emissão de uma *decisão-de-urgência* que crie um estado de direito e de facto impossível de reversão. De resto, reportando-nos sobretudo ao contexto da emissão de providências antecipatórias, a provisoriedade da apreciação e do julgamento da *quaestio iuris* exige sobretudo que o efeito de facto e de direito decorrente da *regulação ou composição provisória* seja passível de reversão pela *regulação ou composição* definitiva que vier a ser realizada pelo juiz da causa principal. Ora, esta característica da decisão proferida no processo urgente cautelar está prevista nos artigos 112.º, n.º 1, e 120.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), e está consagrada fundamentalmente no artigo 121.º *a contrario* do CPTA.

2.2.2. No que respeita à provisoriedade dos efeitos da decisão proferida no seio do processo urgente cautelar, cumpre dizer que esta característica da decisão está associada à incapacidade de a mesma adquirir efeitos de caso julgado. E, assim, a provisoriedade da decisão judicial manifesta-se na limitação temporal da sua eficácia e na temporalidade dos seus efeitos. Assim, limitada a sua eficácia no tempo, as providências cautelares são sempre interinas (artigo 122.º, n.º 3), uma vez que só subsistem até caducarem, e são temporárias (artigo 122.º, n.º 2), pois, podendo a sua eficácia ser sujeita a termo ou condição, as providências podem ser revogadas ou alteradas *rebus sic stantibus* pelo tribunal (oficiosamente) ou a pedido das partes ou do Ministério

Público (quando tenha sido este o requerente), na especial situação em que se configure uma alteração de circunstâncias inicialmente existentes (artigo 124.º). Ademais, prevê-se na nova lei a possibilidade de decretação provisória de uma medida cautelar (artigo 131.º), em casos «de especial urgência» ou quando esteja em causa a tutela cautelar de direitos, liberdades e garantias. Esta providência cautelar interlocutória (duplamente interina ou duplamente provisória, que pode ser emitida no prazo de quarenta e oito horas e sem que o processo cautelar seja conclusivo), só subsistirá até ao dia em que for emitida uma nova decisão de levantamento, manutenção ou alteração da decisão cautelar anterior.

2.3. Como apontámos, o processo consagrado no Título VI do CPTA é um processo que tem como função obter a resolução de conflitos de competência jurisdicional e de atribuições (nos termos do artigo 42.º, n.º 2, do CPA) e ele tem todas as características de processo urgente. E não obstante o legislador assim não ter entendido, este processo materialmente urgente pode desembocar numa decisão de urgência provisória. Assim acontece nos termos do artigo 138.º, quando «da inacção das autoridades em conflito puder resultar grave prejuízo». Nestes casos, o tribunal deve proferir uma decisão através da qual deve designar a autoridade que deve exercer provisoriamente a competência em tudo o que seja urgente.

3. A ausência de acessoriedade-instrumentalidade e de provisoriedade nas modalidades do processo cautelar previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA

Como se referenciou a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade* e a da provisoriedade são técnicas ao serviço da urgência. E tais técnicas estão fundamentalmente previstas nos processos consagrados no Título V do CPTA. Contudo, temos para nós que o processo de produção antecipada de prova também não concretiza tais técnicas e, além disso, cumpre dizer que, mesmo no contexto dos processos urgentes cautelares, o legislador veio consagrar na lei processual administrativa situações em que é possível dispensar a técnica de *acessoriedade-instrumentalidade* e a técnica da provisoriedade, cabendo ao juiz avaliar, em cada caso, se os pressupostos de que depende a anulação de tais caracteres se verificam. E resulta fielmente da leitura da lei processual administrativa que, nessas modalidades consagradas no Título V do CPTA, tais técnicas não são necessárias para tutelar a *situação-de-urgência* que no caso concreto é carente de tutela. Nestas situações, o processo urgente cautelar transforma-se em processo de urgência autónomo. Enfim, esta opção do legislador não é, contudo, original, como se sabe, uma vez que ela também foi consagrada no panorama legislativo italiano no mesmo quadro de matérias, após

a reforma introduzida pelo artigo 3.º da *legge 21 de luglio 2000, n.º 205*. Com efeito, com tal reforma, o legislador italiano veio ampliar as situações em que é possível definir já na fase cautelar, após realizada a prova, o mérito da causa. E a doutrina ainda explica com dificuldade a natureza desse tipo de *tutela cautelare*, uma vez que este tipo de *tutela cautelare de mérito* já não é tutela cautelar, mas também não é igual à demais tutela de mérito. Não deixa de ser surpreendente que os italianos não saibam o que chamar a tal tipo de tutela nem saibam integrar tal corpo estranho em alguma categoria de tutela, preferindo continuar a classificá-la como *tutela cautelare* ⁽¹⁸⁹⁵⁾. A nossa tem, contudo, um nome e a sua pertença à categoria da tutela de urgência não é, aos nossos olhos, nada que deva fazer-se com grande custo.

Com efeito, quer na modalidade do processo urgente consagrada no artigo 121.º quer na modalidade consagrada no artigo 132.º, n.º 7, do CPTA, acontece tanto a anulação do nexo de *accessoriedade-instrumentalidade* como a anulação do sentido qualitativo de provisoriedade. Consequentemente, estando ambas as modalidades consagradas como processos urgentes cautelares, tanto uma como outra se transformam em processos urgentes autónomos, por um lado. E, por outro, pese embora deverem ambas as modalidades desembocar, à partida, em decisões provisórias sobre a *quaestio iuris*, ambas as modalidades permitem, na verdade, a obtenção da resolução definitiva da *quaestio iuris* da causa principal. Nestes casos, ambos os processos urgentes cautelares se transformam em processos urgentes autónomos, integrando ambos a mesma estirpe de tutela.

Assim, no contexto do contencioso pré-contratual, e nos termos do artigo 132.º, n.º 7, pressupondo que na causa principal, a questão jurídica a tratar concerne à validade das disposições normativas constantes das peças do procedimento por os mesmos conterem especificações técnicas, económicas ou financeiras ilegais, o legislador permite que se dispense tanto a técnica da *accessoriedade-instrumentalidade* como a da provisoriedade de tal processo, uma vez que se permite que, no âmbito do processo cautelar referente à adopção de providências relativas a procedimentos de formação de contratos, quando tenha sido requerida uma providência destinada a corrigir a ilegalidade daquelas especificações, o juiz possa realizar todo o julgamento da questão jurídica. E, assim, a lei permite que o juiz subsuma os factos às mesmas normas

⁽¹⁸⁹⁵⁾ A este propósito, como verificámos na Parte I desta dissertação, vd., por exemplo, G. CORSO, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, pp. 126 e 127; G. D'INNELLA, *L'evoluzione della tutela sommaria e cautelare...*, cit., pp. 78 ss., esp. p. 80. E, fundamentalmente, vd. M. ROSSI SANCHINI, «La nuova tutela cautelare...», cit., pp. 1090 ss., esp. p. 1094; IDEM, «Un convegno...», cit., pp. 952 ss.

jurídicas ou ao mesmo direito material a aplicar à situação jurídica litigiosa que fundamenta a causa principal, podendo decidir o fundo da causa. Nestes casos, percebe-se também que a *pretensão-urgente* alegada nesta modalidade especial do processo urgente cautelar, sendo totalmente idêntica à que se pretenderia realizar no processo principal, acaba por obter total satisfação. Não se afigura a existência de nenhuma instrumentalidade ao quadro, nem se visa assegurar a efectividade de nenhum outro processo. Pelo contrário, o que acontece é a restauração do direito material a aplicar, por actuação processual independente.

Depois, há ainda uma outra configuração que o processo cautelar comum pode apresentar, sendo, pois uma configuração excepcional que se justifica para que haja a antecipação do juízo de mérito para a causa principal. E, no que a este aspecto respeita, cumpre notar que a possibilidade de adaptação do *modus procedendi* do processo urgente cautelar e a anulação da técnica da acessoriedade-instrumentalidade e da técnica da provisoriedade resulta da iniciativa do próprio tribunal, por este entender que, à luz de todos os elementos de que dispõe e verificando-se os pressupostos previstos na lei, estão preenchidos os requisitos que lhe permitem avançar para a prolação da decisão de fundo, por existir necessidade na realização da pretensão jurídica substantiva e por a *quaestio iuris* se apresentar madura para decisão. Assim exactamente, quanto a estes pressupostos, o artigo 121.º do CPTA fixa dois, a saber: o primeiro prende-se com a manifesta urgência na resolução definitiva do caso e o segundo respeita a requisitos de ordem processual.

§ 2. A CONCRETIZAÇÃO (LÓGICA) DA TÉCNICA DA ANTECIPAÇÃO

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. A antecipação cautelar. 2. A antecipação prevista no processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. 3. A antecipação prevista nas modalidades dos processos cautelares previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA

0. Introdução

Como se apontou nas considerações introdutórias, a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe a previsão de processos simplificados e estruturalmente adequados para as *situações-de-urgência*. E, como se indicou, a realização da tutela judicial das *pretensões-de-urgência* acontece vulgarmente através da consagração de processos urgentes, *maxime* através de processos urgentes cautelares, sendo que tais pro-

cessos concretizam normalmente diferentes técnicas processuais. Ora, a técnica da antecipação da tutela judicial é normalmente uma técnica empregue para tutelar a urgência, sendo que ela é concretizada tanto em processos urgentes cautelares como em outro tipo de processos. Na verdade, nos processos urgentes cautelares a técnica da antecipação revela-se sobretudo numa perspectiva qualitativa ou funcional, uma vez que, concretizando-se em simultâneo com a concretização da técnica da acessoriedade-instrumentalidade e com a técnica da provisoriedade, visa assegurar a efectividade do processo principal. E, em outro tipo de processos, a antecipação manifesta-se sobretudo como funcionalmente independente ou antecipação *tout court*.

De um modo ou de outro, cumpre sublinhar que tal técnica desempenha um papel determinante na realização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo, uma vez que, mercê dos seus efeitos, a decisão antecipatória assegura, ainda que de diferentes modos — *id est* com antecipação provisória de efeitos ou com antecipação definitiva —, a protecção judicial das *pretensões-de-urgência* antes daquele momento que no processo é normalmente considerado como o momento previsto para a realização dessas pretensões. Como vimos, o conceito de antecipação esbarra frequentemente com o sentido empírico. Contudo, há um conceito técnico-jurídico de antecipação. Ainda assim, a técnica da antecipação tem suscitado alguma controvérsia na dogmática italiana.

Esta técnica está, sobretudo, bem trabalhada no contexto dos estudos que versam sobre a tutela de urgência cautelar, surgindo moldada numa perspectiva funcional e em conexão com a técnica da provisoriedade, em termos que a antecipação cautelar só é legítima se desembocar numa *decisão-de-urgência-provisória*. E mais. No contencioso administrativo, a validade da antecipação cautelar é também aferida a partir de um conceito de identidade de conteúdo entre a decisão antecipatória e a decisão judicial antecipada, em termos que aquele é resultado imediato dos poderes de pronúncia do *sujeito-jurisdicional-de-urgência*, e a antecipação legítima pressupõe que este poderes não possam ser mais amplos dos que aqueles de que é titular o *sujeito-jurisdicional*. E esta questão coloca-se com acuidade no contexto dos poderes de pronúncia dos tribunais administrativos perante o exercício de poderes discricionários do *sujeito-administrativo*. Numa primeira nota, é premente acentuar que, por regra, os processos cautelares previstos no Título V do CPTA permitem aos *sujeitos-no-processo* alcançar, através de uma *decisão-judicial-de-urgência*, a realização provisória de *pretensões-jurídicas* desde que essa antecipação seja adequada para salvaguardar a efectividade de uma decisão jurisdicional a proferir em outro processo (no processo principal). E esta característica da decisão antecipatória do processo cautelar está marcada, designadamente, nos artigos 112.º, n.ºs 1 e 2, 120.º, n.º 1, alínea c), 122.º e 121.º

(*a contrario*) e no artigo 3.º do CPTA (1). Numa segunda nota, é importante realçar que os demais processos urgentes previstos no Título IV do CPTA permitem obter uma decisão judicial que realiza o direito material de forma antecipada no tempo. Aliás, o processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias traduz uma modalidade especial de antecipação, uma vez que concretiza não só uma antecipação declaratória como permite realizar uma antecipação do momento executório. Assim é *ex vi* do artigo 109.º, n.ºs 2 e 3, do CPTA (2).

Contudo, forçoso é também reconhecer que a técnica da antecipação quantitativa ou antecipação *tout court* substituiu a técnica da antecipação qualitativa em certas modalidades de processos urgentes cautelares, previstos no Título V, modificando-os e aproximando-os dos processos urgentes autónomos, previstos no Título IV do CPTA. E, mais uma vez, assim acontece nas modalidades dos processos urgentes cautelares previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA (3).

1. A antecipação cautelar

A antecipação cautelar decorre da necessidade de se obstar ao prejuízo de retardamento da decisão judicial definitiva (1.1). Sem que exista no CPTA os limites de que padece nomeadamente o *référé conservatoire*, que permite ao juiz adoptar todas as medidas úteis «*sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative*» (1896), o juiz cautelar português pode, nos termos do artigo 112.º, n.º 2, do CPTA, emitir todas as providências cautelares conservatórias ou antecipatórias que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade de uma sentença. O juiz cautelar só não pode antecipar definitivamente a causa — tal como não pode o juiz cautelar administrativo espanhol (1897), nem o italiano (1898), nem o alemão (1899) e nem o *juge des référés* (1900) — ou dar ao requerente mais, ou coisa diferente, do que a este é permitido alcançar pela pronúncia de mérito (1901). No modelo cautelar português, são,

(1896) A este propósito, vd. C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif...*, cit., p. 512.

(1897) Neste sentido, vd. M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar...*, cit., pp. 143 e 144.

(1898) A este propósito, por exemplo, vd. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo...*, cit., pp. 175 ss., esp. pp. 223 ss.

(1899) Neste sentido, com exemplos, F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)...», cit., esp. pp. 326 e 327.

(1900) No mesmo sentido, a propósito do *référé*, B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 305; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., pp. 1236 e 1237.

(1901) Sobre estes dois limites, vd., sobretudo, F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 247 ss.

por um lado, as próprias características da tutela cautelar, ou seja a instrumentalidade perante a efectividade da tutela principal e a provisoriedade da decisão cautelar, e, por outro, a identidade de conteúdos entre a decisão antecipatória e a decisão judicial antecipada, o que limita os contornos da antecipação (1.2.). Com efeito, é em função do próprio conteúdo das sentenças principais, sendo que este decorre dos poderes de pronúncia dos tribunais administrativos perante a Administração (1902), que surgem os limites do conteúdo da decisão antecipatória, sendo que esta é delimitada também pela instrumentalidade e pela provisoriedade (1.3.).

Antes de avançarmos, cumpre dizer que, à luz da disciplina consagrada actualmente no contencioso administrativo, não faz sentido que se incentive a antecipação funcional ou qualitativa, isto é, não faz sentido proceder à emissão de certas decisões cautelares antecipatórias no âmbito do processo cautelar. Com efeito, o CPTA inclui uma modalidade de antecipação no artigo 121.º, uma modalidade que garante a emissão de decisões de mérito sem que haja o risco de emitir uma decisão errada e sem que haja o risco de criação de um estado de facto e de direito impossível de reversão. Na verdade, somos da opinião de que, em situações de dúvida quanto à possibilidade de ser proferida uma *decisão-de-urgência-antecipatória-não-provisória* no contexto do processo cautelar comum, por a mesma ser susceptível de antecipar totalmente o julgamento da *quaestio iuris* ou por ser susceptível de produzir designadamente um *estado de facto* de difícil reversão, deve preferir-se que a decisão antecipatória seja emitida no contexto do processo urgente previsto no artigo 121.º, cabendo, aqui, um papel relevante ao *sujeito-jurisdicional-de-urgência* na apreciação da situação e no reencaminhamento oficioso da pretensão para o mecanismo processual antecipatório certo.

1.1. Esta questão leva-nos a reflectir sobre o conceito de antecipação qualitativa ou antecipação funcional no contencioso administrativo, sendo que ambos os termos são explicados no contexto da concretização da técnica antecipatória no processo urgente cautelar e tendo em conta a margem de discricionariedade do *sujeito-administrativo*. Vejamos melhor o que se deve entender por antecipação cautelar legítima, citando um caso recente que foi objecto de apreciação pelos tribunais administrativos (1903). Vejamos o caso: uma

(1902) A este propósito, vd. D. FREITAS DO AMARAL/M. AROSO DE ALMEIDA, *Grandes linhas...*, cit., pp. 51 ss.

(1903) A este propósito, vd. a nossa anotação («Indeferimento do pedido de condenação cautelar à emissão de parecer: porque o céu não é o limite...») ao acórdão do TCA-N de 03.03.2005, processo n.º 687/04.5BEVIS, publ. nos CJA, 52, 2005, pp. 55 ss.

empresa, tendo requerido à autarquia competente um parecer que atestasse a compatibilidade da localização da instalação de uma unidade de tratamento de resíduos tóxicos, de que é proprietária, com o respectivo Plano Director Municipal e tendo o mesmo sido negado pela Câmara, recorreu ao TAF de Viseu com vista a obter o decretamento de uma providência cautelar antecipatória, traduzida na emissão daquele parecer de compatibilidade, que a mesma necessitava para instruir um processo de autorização do projecto relativo a operações de gestão de resíduos, incluindo as de armazenagem, tratamento, valorização e eliminação (nos termos dos artigos 8.º a 11.º do Decreto-Lei n.º 239/97, de 9 de Setembro), a desencadear junto da entidade competente, em futuro próximo. Ora, a providência cautelar foi classificada pelo tribunal como antecipatória, uma vez que se invocou o *periculum in mora de retardamento* da sentença: o requerente pretendia obter de forma antecipada a satisfação da sua pretensão à emissão de um parecer de que necessitaria em absoluto para instruir um processo de autorização de um projecto relativo a operações de gestão de resíduos, sendo que a decisão pretendida pressuporia que o tribunal emitisse uma decisão que produzisse idêntico efeito àquele que a requerente procurava obter por via da sentença a emitir no âmbito da acção administrativa especial.

E, na verdade, tal providência cautelar não deve ser *a priori* impossível, uma vez que os ditames constitucionais e legais permitem solicitar aos interessados a adopção das providências cautelares que se mostrem adequadas a assegurar o efeito útil de todas as sentenças dadas pelos tribunais administrativos, incluindo as providências antecipatórias do conteúdo das sentenças que possam condenar a Administração à emissão de acto devido (*ex vi* dos artigos 268.º, n.ºs 4 e 5, da CRP e 2.º, n.º 1, e 112.º, n.º 1, do CPTA) (1904). Contudo, não obstante não existir, à primeira vista, uma limitação ao *poder geral de cautela* do juiz administrativo, a verdade é que a adopção de uma providência cautelar dependerá sempre de uma análise da situação concreta existente e, sobretudo, depende do respeito pela provisoriidade da decisão bem como depende do respeito que o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* deva ter perante a margem de discricionariedade do *sujeito-administrativo*.

Assim, como apontámos, um pouco à semelhança da *Regelungsanordnung* alemã, que visa «ampliar o status quo» (1905), a providência antecipatória prevista no artigo 112.º, n.º 1, do CPTA, é necessária para realizar interinamente

(1904) Sobre este aspecto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 304 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 245 ss.; CARLA AMADO GOMES, «O regresso de Ulisses...», cit., pp. 3 ss.

(1905) Exactamente neste sentido, F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., p. 566.

o direito material ameaçado ou para realizar provisoriamente a pretensão jurídica ameaçada pelo *periculum in mora* de retardamento — tal como aquela medida provisória alemã realiza a *interimistische Befriedungsfunktion* ⁽¹⁹⁰⁶⁾. Ora, neste contexto, cumpre dizer que a providência cautelar solicitada pela requerente no sentido de condenar a entidade administrativa em causa a emitir um parecer de que necessitaria em absoluto para instruir um processo de autorização de um projecto relativo a operações de gestão de resíduos pode classificar-se, de facto, como providência cautelar antecipatória, uma vez que se pretende uma ampliação da situação jurídica actual, sendo que o prejuízo alegado decorre da impossibilidade de o direito material em causa invocado, que garante ao particular a emissão do parecer favorável, ser impossível de realização imediata, uma vez que o particular terá de aguardar pela condenação da autarquia à emissão do acto devido. Trata-se de facto de uma providência antecipatória. É esta a conclusão a que podemos chegar por aplicação do *método calamandreiano* ⁽¹⁹⁰⁷⁾. Assim, e segundo esta metodologia, enquanto que a conservatória serve para anular ou minimizar o risco de ser posteriormente impossível proceder à execução de sentença favorável — por entretanto se ter alterado o *status quo ante* («o estado em que estava a coisa») ⁽¹⁹⁰⁸⁾ —, a antecipatória serve para anular ou minimizar os prejuízos que decorrem por si só do retardamento da sentença e do facto de não ser possível proporcionar, no imediato, a satisfação da pretensão jurídica substantiva que está a cargo do *sujeito-jurisdicional*. Dizendo o mesmo por outras palavras, enquanto a providência conservatória produz um efeito hermético de modo a manter o *status quo* — «o estado em que se encontra a coisa», a antecipatória actua por via da ampliação provisória de uma situação jurídica existente, proporcionando a aceleração e a realização antecipada do direito material para a situação litigiosa controvertida.

É neste contexto que surgem os condicionamentos impostos pela provisoriedade. Apontámos há pouco que o termo «provisoriade qualitativa»

⁽¹⁹⁰⁶⁾ Por todos, e para uma síntese, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I)...», cit., pp. 671 ss., esp. p. 673.

⁽¹⁹⁰⁷⁾ P. CALAMANDREI (*Introduzione allo...*, cit., pp. 56 ss.) distinguiu dois tipos de *periculum in mora*: o «pericolo di infruttuosità» e o «pericolo di tardività» do processo principal, fazendo corresponder a cada um deles as diferentes providências cautelares conservatórias e antecipatórias. Esta construção é aceite pela actual dogmática italiana, como, de resto, apuramos na parte II desta dissertação.

⁽¹⁹⁰⁸⁾ Usamos no texto os vocábulos latinos cuja formulação é recomendada nos seguintes dicionários: *CÂNDIDO DE FIGUEIREDO*, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, Bertrand Editora; *Novo Dicionário AURÉLIO*, Editora Fronteira, Rio de Janeiro; *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Academia das Ciências de Lisboa, Verbo.

significa fundamentalmente três coisas, a saber: *primo*: que a apreciação da *quaestio iuris* da causa principal pode realizar-se no processo cautelar, sendo que tal apreciação, por referência ao direito material a aplicar na causa principal, deve ser sempre inconclusiva; *secundo*, que o julgamento da *quaestio iuris* pode acontecer na condição de o mesmo ficar em aberto, isto é, na condição de tal questão litigiosa existente entre as partes poder vir a ser definitivamente decidida pelo juiz da causa principal; e *tertio*, que do julgamento antecipado não resulte a emissão de uma *decisão-de-urgência* que crie um estado de direito e de facto impossível de reversão. De resto, reportando-nos, sobretudo, ao contexto da emissão de providências antecipatórias, a provisoriedade da apreciação e do julgamento da *quaestio iuris* exige fundamentalmente que o efeito de facto e de direito decorrente da *regulação ou composição provisória* seja passível de reversão pela *regulação ou composição definitiva*, que vier a ser realizada pelo juiz da causa principal.

Ora, a providência antecipatória deve apresentar o carácter de provisoriedade. E se, à primeira vista, o pedido formulado que indicámos há pouco como exemplo parece legítimo, uma vez que a requerente tem direito à adopção da providência antecipatória que se mostre adequada a assegurar a utilidade de uma sentença de condenação à emissão de acto (ou à tomada de conduta ou comportamento) legalmente devido, já, numa leitura mais atenta dos factos, é possível perceber que a providência requerida estaria, desde o início, votada ao infortúnio por a antecipação pretendida não ser razoavelmente justificada. Na verdade, explicando melhor, não é tanto um problema de anulação da instrumentalidade e da provisoriedade, entendida naquele sentido explicado, que no nosso exemplo ficam ameaçadas. É mais do que isso. A condenação à emissão de um parecer, que já havia sido negada pelo Município, cai definitivamente por terra quando o juiz cautelar, tendo realizado um «juízo meramente hipotético» sobre o provável conteúdo da sentença principal, duvida seriamente que o efeito pretendido a título provisório possa vir a ser alcançado a título definitivo, no contexto da decisão que será proferida na causa principal. Com efeito, neste caso, não é tanto o problema de se criar um estado de facto de difícil ou impossível reversão, já que estas situações são, tanto quanto possível, de evitar. Neste caso, a impossibilidade de decretamento daquela providência antecipatória decorre do facto de se vir a anular a necessária relação de identidade (ou homogeneidade) ⁽¹⁹⁰⁹⁾ entre o conteúdo da decisão antecipatória e o conteúdo da decisão antecipada.

⁽¹⁹⁰⁹⁾ Esta característica é denominada por homogeneidade pela dogmática espanhola. Por todos, vd. C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar...*, cit., pp. 38 e 39.

1.2. É certo que o princípio da tutela jurisdicional efectiva sustenta um conceito flexível de *instrumentalidade* e suporta um sentido abrangente para a garantia de que através do processo cautelar se pode proteger o universo de pretensões emergentes das relações jurídicas administrativas, quer sejam objecto da acção administrativa comum quer sejam objecto da acção administrativa especial, pelo que não se põe de parte a possibilidade de o juiz cautelar assegurar a protecção das pretensões que se fazem valer numa acção administrativa especial do tipo daquela a que, neste exemplo, a providência antecipatória parece estar conectada (artigos 46.º, n.ºs 1 e 2, alínea *b*), 66.º, n.º 1, e 71.º, n.º 1, do CPTA). Em termos de princípio, não se vê que haja, pois, um outro princípio que impeça o juiz cautelar de realizar provisoriamente as mesmas pretensões cuja resolução definitiva cabe ao juiz da causa principal. Se o tribunal pode, em certas situações, condenar a Administração na prática do acto legalmente devido, também o juiz cautelar o pode fazer interinamente. Para tal só se exige duas coisas: por um lado, que o tipo de acto seja compatível com a provisoriedade da *decisão-de-urgência* e que, por outro, que o tipo de poderes exercidos, no caso concreto, não impeçam o juiz de conformar provisoriamente o conteúdo do acto. Assim, a provisoriedade da providência antecipatória configura um limite que o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* encontra a montante quando actua no contexto dos processos cautelares ⁽¹⁹¹⁰⁾. Depois, o preceito constante do artigo 3.º do CPTA condiciona a jusante o seu poder de actuação.

Vejamos melhor este ponto: o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* quando actua no contexto dos processos urgentes cautelares actua circunscrito nos limites inerentes ao modelo cautelar e actua condicionado pelos limites que decorrem do modelo do contencioso desenhado constitucional e legalmente. E, assim, o juiz cautelar está duplamente limitado, pela esfera dos princípios que regem o modelo cautelar, *maxime* pelo princípio da proibição de antecipar a decisão para a causa principal, e por princípios incluídos numa segunda esfera mais alargada, pelos princípios que regem o contencioso geral, entre os quais figura o princípio da separação e interdependência de poderes ⁽¹⁹¹¹⁾. Assim, no que concerne à provisoriedade, como já vimos, exige-se que o exame do direito material a aplicar à causa principal seja um exame sumário (*id est*: não conclusivo) e que o julgamento da *quaestio iuris* seja provisória

⁽¹⁹¹⁰⁾ Como bem viu MIGUEL PRATA ROQUE, «A urgência tem limites (!) — Breve apontamento sobre os poderes do juiz cautelar», CJA, 50, 2005, pp. 49 ss. Sobre este tema, vd. PEDRO MACHETE, «Os limites do princípio da adequação formal e o direito à regulação provisória de relações jurídicas controvertidas», CJA, 29, 2001, pp. 35 ss.

⁽¹⁹¹¹⁾ Sobre este aspecto, vd. a nossa *Introdução...*, cit., pp. 82 ss.

(*id est*: que o julgamento não consuma ou não esgote a questão jurídica a decidir), exigindo-se também que o estado de direito e de facto seja passível de reversão pela sentença que vier a ser proferida na causa principal. De resto, a provisoriedade não é anulada se existir análise do direito material que rege o mérito da causa, nem se a *decisão-de-urgência* vier satisfazer provisoriamente a pretensão jurídica substantiva. Ela só deixa de ser provisória se criar um estado de direito e de facto que seja impossível de reversão ou se produzir efeitos de facto e de direito que sejam irreversíveis ou impossíveis de eliminar *a posteriori* pelo juiz da causa principal. Com efeito, a proibição da antecipação da solução para a causa principal, uma regra *qui interdit au juge de préjudicier au principal*, segundo a terminologia francesa, ou formulado na dogmática alemã como «Verbot der Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung»⁽¹⁹¹²⁾, constituiu um dos dois princípios correctivos *do poder geral de cautela*, necessário para estremar a provisoriedade da medida, tanto no que concerne à perspectiva da cognição e do julgamento como no que diz respeito à provisoriedade do conteúdo e dos efeitos a produzir. Assim, em princípio, se não pode nem deve ser decretada a providência antecipatória que decida definitivamente o mérito da causa principal e que retire a utilidade à prolação da sentença principal, por maioria de razão não devem ser antecipados efeitos que não podem ser confirmados pela sentença de mérito.

Por exemplo, faltarão a provisoriedade à providência que autorize a realização de um evento não duradouro, marcado para certo dia, no caso de esta pretensão constituir o objecto da causa principal e esta ficar assim anulada de utilidade se vier a ser decidido depois de decorrido a data determinada. E, de igual modo, a providência que suspenda a decisão administrativa que requisita serviços mínimos, no quadro de uma greve geral prevista para uma data muito próxima, é igualmente destituída de provisoriedade, uma vez que consome a questão jurídica e retira o objecto à causa principal, por ser impossível (e inútil) decidir posteriormente sobre a mesma *quaestio iuris*. E de igual modo, padece de provisoriedade a decisão que antecipe efeitos que não podem imputar-se à sentença antecipada.

Cumpra dizer, no entanto, que não somos adeptos da posição daqueles que defendem que a provisoriedade fica logo posta em causa quando a *decisão-de-urgência-provisória* cria efeitos *de facto* definitivos, isto é, efeitos de facto de impossível ou difícil reversão. E isto por duas razões. Primeiro, porque tais efeitos de facto são sempre produzidos na realidade para o período de tempo que medeia até à chegada da sentença final, já que o tempo não volta para trás

⁽¹⁹¹²⁾ Neste sentido, para uma síntese, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)...», cit., p. 326.

e cada momento é novo, e depois porque a definitividade *de facto*, tantas vezes temida como efeito decorrente do decretamento provisório, também pode decorrer de uma *improvidência* cautelar, isto é, do indeferimento da providência cautelar antecipatória. Afinal, por causa do factor tempo, há sempre um espaço de tempo, aquele que abrange o período de tempo que vai desde a propositura da acção até à emissão da regulação definitiva da causa, em relação ao qual haverá sempre a produção de efeitos de facto contra um dos *sujeitos-no-processo*, que podem até ser insusceptíveis de reversão, dando lugar ao chamado estado de facto consumado ⁽¹⁹¹³⁾.

Coisa diferente, em que há verdadeira anulação da provisoriedade, é aquela que diz respeito à definitividade da *quaestio iuris*. Com efeito, há situações em relação às quais a *decisão-de-urgência-antecipatória* pode traduzir a formação de um estado de facto e de direito, em termos que se torna impossível reverter o estatuído (a título provisório). E essas situações abrangem sobretudo pretensões jurídicas que só tem existência numa dimensão do tempo presente e que só podem ser realizadas judicialmente num período de tempo determinado, sendo que a realização judicial de tais pretensões só pode acontecer nessa dimensão do tempo presente, numa data, dentro de um prazo, até que aconteça certo evento, uma vez que qualquer protecção judicial que seja oferecida depois, noutra dimensão do tempo, não faz sentido, porque, entretanto, as mesmas pretensões jurídicas desapareceram. Assim, não sendo tuteladas no presente, não faz sentido que seja proporcionada a tutela judicial depois de decorrido o período de campanha eleitoral, depois de ter sido concluído o ano escolar, depois de ter decorrido o dia da manifestação, a data da reunião ou o dia da greve ou depois de ter definhado a pessoa sem ajuda social ou depois de o estrangeiro a residir ilegalmente no território nacional ter sido expulso do país.

Assim, há pretensões jurídicas que devam ser realizadas num período de tempo curto (incluindo prazos e datas fixas), como por exemplo uma questão relativa a uma eleição, a uma campanha eleitoral, ao exercício de um direito

⁽¹⁹¹³⁾ Na verdade, esta é uma das mais importantes conclusões a que chegou F. SCHOCH no seu amplo estudo sobre a protecção jurisdicional urgente e provisória: a perspectiva bidimensional do risco causado pelo factor tempo e a possibilidade de decidir definitivamente de facto sobre uma situação de urgência, quer quando decreta a providência, quer quando a rejeita, não podem deixar de ser ponderadas pelo juiz, quando este visa proporcionar uma protecção efectiva. Nestes casos, deve proceder à repartição entre as partes, dos riscos de se formar uma situação de facto para o espaço interino, isto é, enquanto se aguarda a decisão principal. Sobre este assunto, vd. F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., *passim*, esp. pp. 1395 ss. E, para uma síntese mais recente, vd. a sua anotação ao § 123 da VwGO, in: F. SCHOCH/E. SCHMIDT-ABMANN/R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 148, pp. 67 e 68, e n. m. 155, p. 71.

num certo dia ou numa data próxima, como exames escolares ou o início do ano lectivo. E tais pretensões jurídicas só podem ser tuteladas através da antecipação de uma *decisão-de-urgência*. E se a antecipação acontecer no quadro dos processos urgentes cautelares, cumpre perceber que tal antecipação pode deixar de ser provisória. E o que significa isto? Significa que o juiz pode ser obrigado a criar um estado de direito e de facto irreversível para garantir a plena e a efectiva realização da tutela judicial da pretensão jurídica substantiva (1914). Este é, portanto, o tipo de situações que conduzem à verdadeira situação de anulação da provisoriedade (1915).

De qualquer modo, existindo a possibilidade de se proporcionar a tutela judicial efectiva destas pretensões através de um processo urgente autónomo, como é o caso entre nós, após a revisão de 2002/2003, é preferível que a antecipação aconteça nesse quadro processual (isto é, no quadro do processo urgente previsto no artigo 121.º do CPTA) (1916). Como sabemos, nos sistemas em que não há tal mecanismo, tem vindo a aceitar-se que o processo cautelar desemboque numa decisão do género, pois caso contrário seria a própria tutela judicial efectiva que seria anulada. Aliás, na falta de um mecanismo do género, a doutrina e a jurisprudência alemãs têm vindo a admitir excepcionalmente que tal antecipação aconteça no contexto da *einstweilige Rechtschutz*, por aplicação directa do artigo 19.4 da GG (1917). Com efeito, os tribunais administrativos, na falta de idêntica previsão legal que o permita, têm chegado a este mesmo resultado em certo tipo de matérias (1918). E assim, no

(1914) A este propósito, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, «O objecto do processo no novo contencioso administrativo, CJA, 36, 2002, pp. 10 e 11.

(1915) Neste sentido, cumpre dizer que concordamos e aderimos ao pensamento de F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)...», cit., p. 326.

(1916) Neste sentido, e para a configuração de um exemplo, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, «Breve introdução à reforma do contencioso administrativo», CJA, 2002, 32, p. 8.

(1917) A doutrina tem vindo a sistematizar, com base em vários critérios, o conjunto de situações que podem especialmente beneficiar desta tutela definitiva urgente. A este propósito, vd., para maiores desenvolvimentos, K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, cit., ns. ms. 202 ss., pp. 95 ss., e n. m. 225, pp. 109 ss.; F. SCHOCH em anotação ao § 123 da VwGO, in: F. SCHOCH/E. SCHMIDT-ABMANN/R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., n. m. 148, pp. 67 e 68, e n. m. 155, p. 71.

(1918) De facto, como apontámos, os tribunais administrativos alemães continuam a aplicar as *einstweiligen Anordnungen* (§ 123 da VwGO) para situações de urgência cuja protecção não se compadece com a decretação de uma providência judicial provisória. Por exemplo, recentemente, foi através deste instituto processual que os *jovens simpatizantes* do NPD («Jungen Nationaldemokraten»), promotores de uma manifestação marcada para o dia 08.05.2005, em Berlim, recorreram para as instâncias judiciais da decisão da entidade administrativa que impunha restrições ao traçado daquela manifestação, organizada sob o slogan «60 Jahre Befreiungslüge — Schluss mit dem Schuldskult», tendo a decisão do tribunal administrativo de indeferimento produzido uma antecipação definitiva da solução para a causa principal. Neste caso, o *Bundesverfas-*

âmbito do processo das medidas provisórias (§ 123 da VwGO, relativo à *einstweilige Anordnung*), os tribunais administrativos têm procedido à antecipação da decisão de fundo quando o consideram absolutamente necessário. E, assim, invocando directamente o artigo 19.4 da GG, os tribunais administrativos, desprovidos de um processo urgente autónomo idêntico ao português, procedem à antecipação definitiva da decisão para a causa principal, sempre que consideram que o princípio da tutela jurisdiccional efectiva, naquele artigo previsto, deixaria de ser realizado efectivamente, se no caso concreto a medida cautelar com tal conteúdo fosse negada, sendo certo que exigem que no caso concreto exista um forte grau de probabilidade quanto ao sucesso da causa principal («ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg in der Hauptsache») ⁽¹⁹¹⁹⁾.

1.3. Contudo, não é só o problema da provisoriedade que no exemplo que estamos a invocar está em causa. Na verdade, este não existe no caso concreto e, na dúvida, deveria ser resolvido pela transformação do processo urgente cautelar em processo urgente autónomo, nos termos do artigo 121.º do CPTA. O problema é outro e decorre da anulação da relação de identidade de conteúdos entre a decisão antecipatória e a decisão antecipada. Vejamos: este princípio limitador está fundamentalmente relacionado com o facto de a *decisão-de-urgência-antecipatória* não poder antecipar mais efeitos do que aqueles que provavelmente serão reconhecidos à sentença principal ⁽¹⁹²⁰⁾. Neste sentido, atendendo ao caso concreto, cumprirá questionar se é provável que o tribunal da causa principal venha a satisfazer a pretensão da requerente, no sentido de condenar a autarquia a emitir um parecer com o conteúdo determinado pretendido, isto é, um que ateste a compatibilidade da localização da instalação da requerente relativa a operações que envolve resíduos perigosos com o respectivo PDM, para efeito de esta poder instruir um

sungengericht, por decisão de 06.05.2005, não considerou que a restrição imposta à manifestação pela entidade administrativa e pelo *Verwaltungsgericht*, que impedia que a manifestação se realizasse junto do *Monumento de Homenagem aos Judeus Mortos (Denkmal für die ermordeten Juden Europas)*, constituísse uma violação do direito fundamental daquela organização. E também não constituía violação do seu direito fundamental a proibição de a manifestação terminar na *Praça 18 de Março*, uma vez que esta se situa junto do *Brandenburger Tor*, onde, há mesma hora, iria decorrer uma outra manifestação promovida pelo Senado, sob o slogan «Tag für Demokratie». A este propósito, vd. «Beschluss vom 6. Mai 2005, 1 BvR 961/05...», cit.

⁽¹⁹¹⁹⁾ Neste sentido, F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., esp. n. m. 14, p. 1447, mas tb., para maiores desenvolvimentos, ns. ms. 14a, 14b e 14c, pp. 1448 ss. Vd. tb. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa...*, cit., pp. 290 ss., esp. pp. 292 a 293; M. BACIGALUPO, «El sistema de tutela cautelar...», cit., pp. 448 ss.

⁽¹⁹²⁰⁾ A este propósito, vd. F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 144 ss. e 298 a 311.

processo de autorização do projecto relativo a operações de gestão de resíduos, incluindo as de armazenagem, tratamento, valorização e eliminação (nos termos dos artigos 8.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 239/97, de 9 de Setembro). O ponto de partida para precisar qual será o conteúdo das sentenças proferidas na acção de condenação à prática de acto legalmente devido — pressupondo que o objecto da acção principal inclui esta pretensão — é o princípio da separação e interdependência de poderes, por força do qual aos tribunais administrativos só cumpre dizer e aplicar o direito, devendo deixar intocado o espaço próprio que corresponde ao exercício de poder discricionário por parte da Administração (cfr. artigo 3.º, n.º 1, do CPTA). Ainda como ponto de partida, mas, agora, por outro lado, cumpre ter presente que os tribunais devem dizer e aplicar o direito em toda a extensão, incluindo normas e princípios jurídicos que conformam as relações jurídico-administrativas, pelo que ao tribunal cumpre determinar todas as «vinculações a observar pela Administração na emissão do acto devido» (1921). Neste sentido, e porque os poderes de pronúncia variam consoante as situações concretas e o grau de vinculação legal da Administração, cumpre dizer que pode, em abstracto, configurar-se um rol de várias hipóteses: havendo vinculação quanto à oportunidade mas não existindo quanto ao conteúdo, o tribunal pode condenar genericamente à prática de acto devido. Assim, em situações de omissão ou recusa, o tribunal pode condenar a Administração a apreciar e a decidir sobre o mérito da pretensão do particular, podendo fixar um prazo dentro do qual isso deva acontecer (artigo 71.º, n.º 1). Quando a lei confere ao autor o direito a um acto administrativo com o conteúdo estritamente determinado, o tribunal pode especificar através do processo de condenação o conteúdo do acto a praticar. Já nas situações de discricionariedade, das duas uma: ou *há uma situação de discricionariedade reduzida a zero*, por as circunstâncias concretas permitirem reconhecer que à Administração só resta praticar o acto com um certo conteúdo, e neste caso nada obsta à condenação quanto ao conteúdo do acto devido; ou há uma verdadeira discricionariedade, podendo o tribunal, neste caso, tão só especificar os aspectos vinculados a observar pela Administração, condenando-a a substituir o acto ilegal por outro que não reincida nas ilegalidades já cometidas e censu-

(1921) Sobre este assunto, vd. BARBOSA DE MELO, «Parâmetros constitucionais da justiça administrativa», in: *Reforma do contencioso administrativo. Trabalhos preparatórios: o debate universitário*, Ministério da Justiça, Lisboa, 2000, pp. 295 ss.; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 217 ss.; IDEM, «A acção de condeção à prática de acto devido», in: *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra, 2005, pp. 169 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 162 ss., esp. pp. 185 a 187; M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de processo...*, cit., esp. pp. 410 ss.; RUI MACHETE, «A condenação à prática de acto devido. Algumas sugestões», CJA, 50, 2005, pp. 3 ss.

radas e impondo-lhe o dever de observar na prática do novo acto as normas e princípios jurídicos, antes violados. Nesta hipótese, a pronúncia judicial identifica e afirma ilegalidades que não podem atingir o subsequente *reexercício* do poder por parte da Administração.

Ora, se em abstracto não nos custa aceitar que, verificados os demais pressupostos, o juiz cautelar possa antecipar provisoriamente alguns dos efeitos que exemplificámos e que se podem identificar às sentenças a proferir nas diferentes situações configuradas — incluindo a antecipada determinação do subsequente *reexercício* do poder por parte da Administração, no caso de ser provável que tenha existido uma ilegalidade no acto de indeferimento —, já, em concreto, o princípio da separação de poderes poderia sair beliscado se o tribunal conformasse o conteúdo do parecer. Com efeito, a autarquia, tendo em conta as disposições legais neste domínio aplicáveis e as normas do Plano Municipal, atestou «a completa e inequívoca incompatibilidade da localização da instalação da referida entidade (de armazenagem, tratamento, valorização e eliminação de resíduos perigosos) com o respectivo Plano Director Municipal», já que de acordo com este instrumento planificatório, a indústria em causa se insere «em zona industrial a reestruturar ou a converter» — não em zona industrial a criar —, sendo que aquele plano, atendendo às potencialidades daquela zona, também prevê a possibilidade de «reconversão parcial em espaço urbano de carácter residencial ou turístico», sendo neste caso «absolutamente incompatível com quaisquer instalações de resíduos perigosos geradores de riscos indeterminados de toda a espécie, [capazes] de pôr em perigo a saúde pública».

Neste contexto, não parecendo provável que o juiz da causa principal pudesse ir mais longe do que controlar os momentos vinculados do acto e não se tendo revelado no exame sumário a provável existência de ilegalidades que pusessem em causa o subsequente *reexercício* do poder, por parte da Administração, como por exemplo, erro nos pressupostos ou violação dos princípios gerais de direito, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* não poderia deferir a providência antecipatória. Enfim, neste contexto, entendemos que actualmente nem mesmo a urgência pode justificar que o juiz cautelar proceda à decretação de decisões cautelares que produzam efeitos definitivos e que realize a antecipação da pronúncia de mérito, sem que tenha previamente procedido a uma análise plena da causa. Na verdade, uma vez que o legislador veio consagrar diversos tipos de processos para tutelar *situações-de-urgência* (e, designadamente, o previsto no artigo 121.º), não faz sentido que se proceda à emissão de *decisões-de-urgência-antecipatórias* sem que se acautele a provisoriedade da decisão, uma vez que tal opção é contrária ao espírito subjacente ao CPTA, pois este afasta as hipóteses em que a satisfação definitiva de pretensões urgentes possa assentar em cognições sumárias, pelo que, em caso de dúvida, a antecipação deve fazer-se pelo mecanismo previsto no artigo 121.º do CPTA.

2. A antecipação prevista no processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias

A situação de urgência que envolve o exercício de direitos, liberdades e garantias é o outro factor que determina a antecipação da tutela judicial de urgência. O processo urgente de intimação para protecção de direitos fundamentais, previsto nos artigos 109.º e ss. do CPTA, tem, de facto, como objecto pretensões relativas à protecção urgente de direitos, liberdades e garantias perante as entidades públicas e privadas, sendo que este processo de intimação está estruturalmente configurado como processo sumário e por isso beneficia de instrumentos de simplicidade e abreviação procedimentais. E, porque tem tramitação urgente, beneficia, de igual modo, de instrumentos de aceleração. De um modo e de outro, é configurado com elementos de natureza excepcional, sendo que (não tendo uma *natureza estritamente declarativa*) é apto para proporcionar uma antecipação da tutela declaratória e proporcionar uma antecipação de efeitos que normalmente só são configuráveis no próprio momento de execução da sentença. Daí a técnica da antecipação *tout court*.

Com efeito, o seu objecto é, pois, constituído por uma pretensão jurídica subjectiva traduzida na intimação à Administração para adopção de uma conduta positiva (num *facere*) ou negativa (num *non facere*) — antecipação declaratória —, incluindo a prática de acto administrativo, sendo que, quando o acto é de conteúdo estritamente vinculado ou o particular pretende obter a condenação da Administração na execução de acto administrativo já praticado, o tribunal emite, através deste processo e de modo a salvaguardar o exercício em tempo útil de um direito, liberdade ou garantia, uma sentença que produza os efeitos do acto devido — antecipação executiva —, substituindo-o. Assim, quando a pretensão se dirija à prática de acto administrativo estritamente vinculado, a lei admite, a título muito excepcional, a emissão de sentenças substitutivas da pronúncia da Administração, designadamente quando se trate da execução de acto administrativo já praticado. Esta possibilidade prevista no artigo 109.º, n.º 3, que confere ao tribunal o poder de proceder à execução específica desse dever, emitindo uma sentença substitutiva, destinada a produzir os mesmos efeitos do acto devido, e, portanto, destinada a substituir o acto ilegalmente recusado ou omitido, é a única hipótese em que a lei concede ao juiz poderes de substituição fora do âmbito da execução das sentenças. Assim, antecipada para o momento declaratório e para o âmbito de um processo sumário declarativo, a intimação traduz também uma possibilidade de antecipação da execução de sentenças. Como se sabe, normalmente, a execução judicial específica do dever de a Administração praticar um acto estritamente vinculado só pode ser obtida no âmbito do processo executivo, depois de verificado

o não cumprimento da sentença que tenha condenado a Administração à prática de acto (artigos 164.º, n.º 4, e 167.º, n.º 6). Ora, a excepção que o processo de intimação consagra deve-se, sem dúvida à integração da técnica da antecipação por razões de urgência. Aliás, como escreve AROSO DE ALMEIDA, «esta é, pois, uma situação excepcional, determinada pela urgência».

3. A antecipação prevista nas modalidades dos processos cautelares previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA

Há ainda a antecipação prevista nas modalidades dos processos cautelares previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA. Neste último preceito está consagrada a possibilidade de ser proferido de imediato o julgamento da questão de fundo. No que respeita à primeira situação, cumpre dizer que a possibilidade de ser proferida a decisão de mérito resulta da iniciativa do próprio tribunal, por este entender que, à luz de todos os elementos de que dispõe e verificando-se os pressupostos previstos na lei, estão preenchidos os requisitos que lhe permitem avançar para a prolação da decisão de fundo. Assim, quanto a estes pressupostos, eles são dois, a saber: o primeiro, prende-se com a manifesta urgência na resolução do caso e o segundo com o exercício do contraditório. O primeiro pressuposto atende a duas razões e considera-se preenchido se duas situações se verificarem. E assim, atende à razão de a situação carente de tutela judicial não se compadecer com a adopção de uma simples providência cautelar (que seja provisória) e justifica-se por a instrução e a produção de prova se considerarem suficientemente esgotadas para o efeito. O segundo, de natureza eminentemente processual, prende-se com a realização do contraditório sobre a possibilidade da antecipação da decisão de mérito.

Ora, voltando ao primeiro pressuposto, cumpre dizer que ele atende a duas razões e considera-se preenchido se duas situações se verificarem. E assim, cumpre notar que, quanto à primeira situação, referente ao primeiro pressuposto, ela resulta da análise dos seguintes parâmetros: da necessária resolução definitiva da *quaestio iuris* e da necessidade da realização da pretensão jurídica substantiva, sendo que esta depende da «natureza das questões» e «da gravidade dos interesses envolvidos». No que concerne à interpretação do primeiro conceito indeterminado, julgamos que deve atender-se, por um lado, à simplicidade da questão de facto e de direito a tratar, e, por outro, à natureza da questão que suscita a composição, *rectius*, o tipo de pretensões jurídicas que suscitam a protecção judicial. Haverá, de facto, situações em que as *pretensões-jurídicas-urgentes* que constituem o objecto do processo cautelar e que reivindicam uma protecção judicial imediata coincidem com as que integram o objecto da causa principal. E, nestas situações, devendo o juiz pronunciar-se sobre tais *pretensões-jurídicas*, nada mais restará para apreciar no

processo principal. No que concerne à interpretação do segundo tipo de conceitos indeterminados, a propósito «da gravidade dos interesses envolvidos», julgamos que se deve atender, por um lado, à intensidade do dano ou da lesão a que os interesses públicos e privados em presença ficam expostos com a não antecipação da decisão para a causa principal, por a tutela desses interesses não se compadecer com uma simples providência cautelar, e, por outro lado, numa lógica de repartição de riscos, deve atender-se à seriedade, ou ao grande significado e ao valor dos interesses em presença, em termos que o tribunal deve ponderar se o dano que eventualmente decorrerá para o interesse público da decisão de antecipação da causa é superior ao danos que resultará da não antecipação. A natureza dificilmente reparável dos bens e valores subjacentes aos interesses envolvidos é um factor importante a ter em conta na consideração daquilo que é a urgência (que tem de ser ostensiva) na resolução definitiva da questão de facto e de direito que fundamenta o processo sumário. O tribunal deverá ouvir as partes pelo prazo de dez dias sobre a decisão de antecipar a causa, sendo esta passível de impugnação nos termos gerais. De qualquer modo, quis o legislador que este *modus procedendi* tenda para a emissão de uma decisão de fundo, prevendo, pois, *a priori*, a anulação do nexo de acessoriedade-instrumentalidade do processo cautelar perante o processo principal, substituindo a técnica da antecipação qualitativa ou cautelar pela técnica da antecipação *tout court*. Daqui decorre a concretização de um processo urgente atípico autónomo.

§ 3. O PAPEL (E OS PODERES) DO SUJEITO-JURISDICIONAL-DE-URGÊNCIA

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. Poderes especiais do *sujeito-jurisdicional-de-urgência* na determinação do *modus procedendi* dos processos urgentes. 2. Poderes especiais do *sujeito-jurisdicional-de-urgência* na determinação do conteúdo das *decisões-judiciais-de-urgência*. 3. Alguns poderes (verdadeiramente) exorbitantes do *sujeito-jurisdicional-de-urgência*

0. Introdução

Na concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* desempenha um papel determinante. De resto, como apontaremos no capítulo seguinte, a concretização da técnica principal da categoria da tutela de urgência — a sumariedade — também depende da actuação procedimental do juiz. Na verdade, tanto a disciplina constante do Título IV como a disciplina constante do Título V vem permitir que o juiz possa determinar o *modus procedendi* do processo e possa decidir os trâmites

e a forma a observar. Conduto, tal poder não se resume à gestão do andamento processual, nem muito menos se restringe ao momento declaratório. Com efeito, na ausência de um regime que especifique os traços de um processo urgente de execução, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* pode precisar os caracteres da simplificação do processo de execução de uma *decisão-judicial-de-urgência* (1922). Mas mais: o poder especial de determinação da sumariedade vai ao ponto de determinar em termos quantitativos e qualitativos a produção e instrução de prova. E tais poderes existem tanto no quadro jurídico dos processos urgentes previstos no título V como no quadro jurídico traçado no Título V do CPTA (1.).

Mas, a realização da *tutela-jurisdicional-de-urgência* não impõe apenas que a gestão do modelo dos processos sumários de urgência, esteja a cargo de um *sujeito-jurisdicional-especial*. Como verificámos no capítulo anterior, tal função impõe também que o sujeito *jurisdicional-de-urgência* tenha verdadeiros poderes de pronúncia, sendo que tais poderes não se resumem à emissão de *decisões-judiciais-de-urgência-provisórias*. Os seus poderes de pronúncias são de emissão de decisões de mérito. E, tanto a disciplina traçada no Título IV como a disciplina traçada no Título V atribuem ao *sujeito-jurisdicional-de-urgência* poderes para emitir decisões de fundo. É o que decorre designadamente do artigo 121.º E tais poderes de pronúncia são de natureza constitutiva, de natureza declarativa, de natureza condenatória e de natureza substitutiva (2.).

E, para além do poder especial de emitir pronúncias de mérito no contexto dos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, há outros poderes (agora de natureza verdadeiramente exorbitante), que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* pode exercer por razões de urgência e com vista a concretizar o direito ao processo efetivo e temporalmente justo. Alguns estão revelados nos artigos 120.º, n.º 2, e 132.º, n.º 6, do CPTA. E outros poderes exorbitantes estão previstos nos artigos 110.º, n.º 5, e 127.º, n.º 2, a propósito da possibilidade de condenação da entidade em causa no pagamento de sanções pecuniárias compulsórias (3.).

(1922) Sobre este assunto, vd. acórdão do TCA-S de 21.12.2005, processo n.º 1216/05, nos termos do qual se vem reconhecer a natureza urgente do processo executivo de pronúncia cautelar. Assim, afirma-se que «nos procedimentos cautelares à fase declarativa segue-se a fase executiva em ordem à tomada de medidas coactivas necessárias para assegurar o fim preventivo visado», sendo que «a exequibilidade da decisão cautelar passa pela instauração de um processo executivo, a que não obsta a eventual pendência de recurso sobre a pronúncia cautelar, desde que tenha efeitos meramente devolutivo (nos termos dos artigos 143.º, n.º 2, e 160.º, n.º 2, do CPTA)». Em suma: «o processo executivo pelo qual a pronúncia cautelar adquire exequibilidade exige que lhe seja atribuída a mesma natureza urgente de que o procedimento cautelar participa, *ex vi* do artigo 26.º, n.º 1, alínea e), do CPTA».

1. Poderes especiais do *sujeito-jurisdicional-de-urgência* na determinação do *modus procedendi* dos processos urgentes

Não é de estranhar que tenha existido um reforço de poderes do *sujeito-jurisdicional-de-urgência* num contencioso que veio prever uma categoria de *tutela-jurisdicional-de-urgência*. De pouco serviria, aliás, ampliar o conjunto dos poderes do *sujeito-jurisdicional* se os poderes do *sujeito-jurisdicional-de-urgência* permanecessem reduzidos, bem como de pouco serviria prever uma categoria de tutela jurisdicional de urgência se não existisse um *sujeito-do-presente* que devesse estar atento às pretensões que só têm uma existência na dimensão do presente e que pudesse exercer poderes especiais para as tutelar. Claro está que este sujeito que vive na dimensão do tempo presente por vezes só pode emitir *decisões-jurisdicionais-de-urgência-provisórias*, estando inibido de emitir *decisões-de-urgência-de-mérito*. Mas, ainda assim, cumpre reconhecer que a sua função foi radicalmente alterada.

Com efeito, tradicionalmente, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* foi pensado à semelhança da figura de *polícia* do processo, isto é, de um sujeito que actua no quadro de um processo cautelar consagrado com *scopo publicistico* e que, por isso, é detentor de uma *potestate (officium)* que exerce para proteger a efectividade das sentenças proferidas nos processos principais ⁽¹⁹²³⁾. Dantes, tendo por pano de fundo um contencioso clássico, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* tinha, sobretudo, um papel secundário, um papel auxiliar perante o *sujeito-jurisdicional*, uma vez que exercia uma função que se traduzia em velar pela possibilidade de execução das sentenças proferidas por aquele actor principal. E, assim, neste contexto foi decretando arrestos, arrolamentos, medidas preparatórias, preventivas e conservatórias, estando interdito de examinar o direito material a aplicar pelo *sujeito-jurisdicional* no processo principal. Aliás, no domínio do contencioso administrativo clássico, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* podia normalmente decretar a suspensão da eficácia do acto quando o interesse público não exigisse a sua imediata execução ou quando a suspensão da eficácia não causasse grave prejuízo ao interesse público, estando vulgarmente impedido de antecipar a análise da questão da ilegalidade do acto impugnado. E, de resto, poderia decretar decisões de urgência de natureza conservatória.

Claro está que o contencioso de tipo moderno fez despertar novas funções ao *sujeito-jurisdicional-de-urgência*. Incumbido, agora, de remediar todos os prejuízos decorrentes da demora fisiológica e patológica do processo, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* foi-se desdobrando na *praxis*, assumindo novas

⁽¹⁹²³⁾ Neste sentido, vd. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, cit., pp. 7, 137 e 144.

tarefas e poderes — «magis imperii quam iurisdictionis», como lembra SCARPA ⁽¹⁹²⁴⁾ —, sendo inclusive responsável pela «boa imagem dos serviços de justiça», como escreve PERROT a propósito do juiz do *référé*. E, neste contexto, foi-se aventurando a proceder à antecipação da decisão da causa, já que os particulares, sentido necessidade de recorrer ao *sujeito-da-urgência* para garantir a tutela jurisdicional efectiva das suas pretensões, a ele recorriam com tal tipo de pedidos. E assim, não existindo vulgarmente mecanismos processuais adequados para tutelar as *pretensões-jurídicas-substantivas-de-urgência*, o juiz cautelar foi-se sentindo obrigado a emitir *decisões-de-urgência-de-mérito* a descoberto, exercendo uma nova função sem possuir legitimação para o efeito.

Entramos, pois, numa nova era do contencioso administrativo, uma vez que neste contencioso tardo-moderno a lei processual administrativa vem entregar ao *sujeito-jurisdicional-de-urgência* verdadeiros poderes, isto é, poderes de quem também administra a justiça em nome do povo e de quem examina as questões de facto e de direito e aplica o direito material através do processo. Enfim, na actualidade, a realização da tutela judicial das *pretensões-de-urgência* continua a ser realizada por um *sujeito-jurisdicional-de-urgência* que por vezes só pode emitir *decisões-judiciais-de-urgência-provisórias*, mas que outras vezes pode emitir decisões de mérito, sendo que tal sujeito é por vezes associado a um *super-juiz-do-contencioso-administrativo*, uma vez que pode emitir decisões com efeito substitutivo.

Pois bem, a disciplina constante dos Títulos IV e V do CPTA consagra a atribuição de amplos e similares poderes ao juiz da urgência, independentemente de tal sujeito actuar no contexto dos processos cautelares ou no seio dos processos urgentes principais ⁽¹⁹²⁵⁾. Na verdade, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* tem poderes similares de adaptação e de determinação da estrutura dos processos, independentemente de se tratar de um processo previsto no Título IV ou no Título V. Para além de outros exemplos que aqui poderiam ser dados, cumpre dizer que tal afirmação decorre fundamentalmente dos artigos 111.º e 131.º, onde o legislador consagra exactamente a

⁽¹⁹²⁴⁾ Vd. A. SCARSA, *I provvedimenti d'urgenza. Artigo 700 Cod. Proc. Civ. (Magis imperii quam iurisdictionis)*, Milano, 2004.

⁽¹⁹²⁵⁾ Sobre este tema, em geral, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «Tutela cautelar...», cit., pp. 45 ss.; CARLA AMADO GOMES, «O regresso de Ulisses...», cit., pp. 3 ss.; TIAGO AMORIM, «Apontamentos...», cit., pp. 415 ss.; MARIA FERNANDA MAÇAS, «As formas de tutela urgente...», cit., pp. 41 ss.; D. FREITAS DO AMARAL, «As providências cautelares...», cit., pp. 4 ss.; PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, «As realidades...», cit., pp. 3 ss.; ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit., pp. 331 ss.; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 325 ss., esp. pp. 345 e 349, 350 e 351; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 290 ss., esp. pp. 323 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 551 ss.

mesma terminologia para especificar o conjunto de poderes excepcionais de que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* goza para adaptar a tramitação da acção urgente à intensidade da urgência alegada. Mas há outros exemplos que serão desenvolvidos no § 2 do capítulo III da III Parte desta dissertação. A urgência determina, pois, a forma excepcional de o juiz gerir o andamento do processo e de decidir os trâmites e a forma a observar. Contudo, tal poder não se resume à gestão do andamento processual. O poder especial vai ao ponto de determinar quantitativa e qualitativamente o momento de produção e instrução de prova. Tais poderes existem no quadro jurídico dos processos urgentes previstos no Título V do CPTA. E, como estudaremos, no capítulo seguinte, tais poderes manifestam-se também no contexto da disciplina aplicável aos processos previstos no título IV, *maxime*, nos processos em que as disposições legais atribuem ao juiz uma prerrogativa de avaliação da intensidade da urgência e lhe permitem, por um lado, adaptar o *modus procedendi* do processo, e, por outro, lhe permitem escolher a tramitação a seguir, sendo que, neste caso, essa opção inclui a possibilidade de realização de uma audiência pública. Enfim, o poder de condução procedimental é verdadeiramente significativo em três modalidades dos processos urgentes. Isso acontece no processo urgente relativo ao contencioso pré-contratual, previsto no artigo 103.º do CPTA, no processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, nos termos do artigo 111.º do CPTA, e no processo cautelar que desemboca no decretamento provisório de providência cautelar, nos termos do artigo 131.º do CPTA. Aliás, como se demonstrará no capítulo seguinte, não é fruto do acaso que o legislador tenha utilizado a mesma terminologia jurídica nos artigos 131.º, n.º 3, e 111.º do CPTA.

Claro que os poderes de adaptação e determinação da estrutura processual não são apenas geridos em termos estritamente procedimentais, isto é, no sentido de adaptar o andamento do processo à intensidade da urgência. Esse poder existe também para que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* o possa exercer a título oficioso. Na verdade, o juiz cautelar tem poderes de iniciativa para, durante a pendência da causa principal, proceder à revogação, à alteração ou substituição das providências cautelares decretadas (ou indeferidas), com fundamento na alteração das circunstâncias inicialmente existentes (nos termos do artigo 124.º, n.º 1). E no que respeita à concretização dos poderes instrutórios, o juiz tem, designadamente, o poder para decidir se, atendendo à iminência da lesão, deve ou não proceder à audiência do demandado antes do decretamento provisório da providência, bem como também tem o poder de escolher o meio de comunicação que se mostre mais adequado para proceder com urgência à audição do requerido (nos termos do artigo 131.º, n.ºs 3 e 4, do CPTA). E alguns destes poderes de natureza procedimental combinam bem com os poderes de pronúncia que o *juiz-jurisdicional-de-urgência* exerce

no contexto do processo urgente cautelar. De facto, quando a providência exija da Administração a adopção de providências infungíveis, de conteúdo positivo ou negativo, o juiz administrativo pode condenar de imediato o titular do órgão competente ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória que se mostre adequada a fazer cumprir a providência (artigo 127.º, n.º 2).

2. Poderes especiais do *sujeito-jurisdicional-de-urgência* na determinação do conteúdo das *decisões-judiciais-de-urgência*

A disciplina constante dos Títulos IV e V do CPTA consagra a atribuição de amplos e similares poderes ao juiz da urgência, independentemente de tal sujeito actuar no contexto dos processos cautelares ou no seio dos processos urgentes principais. Na verdade, para além dos poderes de determinação procedimental, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* exerce poderes exorbitantes no momento em que fixa o conteúdo das *decisões-judiciais-de-urgência*. Assim, a este propósito, importa sublinhar que tal tipo de poderes exorbitantes, que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* exerce no contexto de processos previstos no Título IV e que exerce nos meandros do Título V, manifesta-se, por exemplo, nos artigos 109.º, n.os 1 e 2, e 110.º, n.º 4, relativamente ao processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, e nos artigos 112.º, n.os 1 e 2, 121.º e 132.º, n.os 1 e n.º 7, do CPTA.

Como verificámos, no capítulo anterior, para concretizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* pode emitir *decisões-jurisdicionais-de-urgência-provisórias* e *decisões-jurisdicionais-de-mérito*. Assim, no contexto dos processos cautelares, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* pode emitir qualquer *decisão-de-urgência-provisória*, tanto uma providência conservatória como uma providência antecipatória que se mostre adequada a assegurar a efectividade de uma sentença a proferir num processo principal (2.1.). Contudo, tal não significa que só possa emitir *decisões-jurisdicionais-de-urgência-provisórias*. No contexto dos processos urgentes autónomos, o tipo de sentenças a proferir e o rol de efeitos a criar pelo *sujeito-jurisdicional-de-urgência* estão pré-determinados na lei, mas nem por isso esses poderes são menores. Basta pensar que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* tem poderes para emitir uma sentença substitutiva (2.2.).

2.1. No quadro dos processos urgentes de natureza acessória, quando o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* exerce a função específica de assegurar o efeito útil das sentenças ditadas no âmbito das acções administrativas principais (nos termos do artigo 268.º, n.º 4, da CRP e artigos 2.º, n.º 1, e 112.º, n.º 1, do CPTA) os poderes de pronúncia são indeterminados, no sentido de que o juiz pode escolher e determinar a *decisão-de-urgência-provisória* adequada

àquela finalidade. E, por isso, por via do princípio do *numerus apertus*, consagrado no artigo 112.º, n.º 1, do CPTA, o juiz pode decretar as providências que se mostrem adequadas a minimizar os prejuízos de *infrutuosidade* e de retardamento das sentenças a proferir nos processos principais, sendo que tal poder é tão-somente condicionado pelas características decorrentes da acessoriedade-*instrumentalidade* e da provisoriidade do processo em que é exercido.

Assim, tendo em conta que o princípio orientador do número de decisões de urgência a decretar através dos processos urgentes cautelares é o princípio da efectividade da tutela judicial, a título de exemplo, o juiz administrativo pode decretar, isolada ou cumulativamente, as seguintes providências conservatórias e antecipatórias, a saber: a suspensão da eficácia de um acto administrativo; a suspensão da eficácia de uma norma regulamentar, sendo que com a alteração introduzida no CPTA pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* pode não somente suspender normas cujos efeitos se produzam imediatamente e sem dependência de um acto administrativo ou jurisdicional de aplicação (sendo que neste caso a suspensão produz efeitos circunscritos a um caso, nos termos do artigo 130.º, n.º 1), como pode igualmente decretar a suspensão, com alcance geral, dos efeitos de qualquer norma. Todavia, neste caso, se o requerente não for o Ministério Público, o deferimento do pedido depende da demonstração de que a aplicação da norma em causa foi recusada por qualquer tribunal, em três casos concretos, com fundamento na sua ilegalidade. A atribuição provisória da disponibilidade de um bem (nos termos do artigo 112.º, n.º 2, alínea *c*), do CPTA) constitui mais um tipo de providência cautelar que pode ser decretada pelo juiz, sendo que a mesma pode ser decretada em cumulação com outra típica ou não especificada, tal como a de arrolamento de bens deixados num imóvel requisitado por uma entidade pública, por exemplo (nos termos do artigo 421.º do CPC) ⁽¹⁹²⁶⁾. A autorização provisória do interessado para prosseguir uma actividade (artigo 112.º, n.º 2, alínea *d*) e a admissão provisória em concursos ou em exames (artigo 112.º, n.º 2, alínea *b*)), podendo o juiz sujeitar a duração dos efeitos da sentença cautelar a um termo ou a uma condição ⁽¹⁹²⁷⁾, são também possíveis, tal como é a regulação provisória de uma situação jurídica, traduzida na condenação da Administração no pagamento de uma quantia por conta de prestações alegadamente devidas pela Administração ao particular ou a título de reparação provisória de danos (artigos 112.º, n.º 2, alínea *e*), e 133.º do CPTA) ⁽¹⁹²⁸⁾.

⁽¹⁹²⁶⁾ Neste sentido, concordando com um dos dois exemplos dados por CARLA AMADO GOMES («O regresso de Ulisses...», cit., p. 5, nota 10).

⁽¹⁹²⁷⁾ A este propósito, cfr. acórdão do STA de 16.04.2002, processo n.º 1588/02.

⁽¹⁹²⁸⁾ A este propósito, vd. o acórdão do TCA de 30.10.2003, processo n.º 12780/03. Ele teve por base os seguintes factos: Um português a residir no Canadá, tendo-se constituído como

A intimação para a adopção ou abstenção de uma conduta por parte de um particular, incluindo concessionários, em face da alegada violação ou o fundado receio de violação de normas de direito administrativo, integra a lista exemplificativa de providências cautelares, prevista nos artigos 112.º, n.º 2, alínea f), e 37.º, n.º 3, do CPTA. E a adopção de providências no âmbito do procedimento de formação de contratos, designadamente, a suspensão da eficácia de um acto (de adjudicação, por exemplo, ou de exclusão do concurso), a correcção de ilegalidades de disposições constantes dos documentos do concurso ou a suspensão do próprio procedimento contratual (nos termos dos artigos 112.º, n.º 2, alínea a), e 132.º do CPTA) ⁽¹⁹²⁹⁾ acrescem também ao rol já exemplificado. Sobra ainda a produção antecipada de prova e outras providências cautelares especificadas que estão consagradas no CPC e se mostrem adequadas à tutela da *situação-de-urgência* alegada na justiça administrativa.

Em contas simples, por via da técnica consagrada no CPTA — cláusula geral e enumeração exemplificativa de providências — *o sujeito-jurisdicional-de-urgência* pode decretar isolada ou cumulativamente as providências conservatórias e as antecipatórias, como também as pode emitir em alternativa, sendo certo que a possibilidade de combinação de providências cautelares abrange também as de matriz civil. E, deste modo, a cumulação de providências conservatórias com providências antecipatórias dependerá no caso concreto do tipo de *periculum in mora* existente, do hipotético regulamento para a causa principal e do conjunto de efeitos que seja necessário antecipar para obviar ao específico *periculum in mora*. No modelo de tutela de urgência previsto no Título V do CPTA são, portanto, também as próprias características que emergem da concretização das técnicas da acessoriedade-instrumentalidade perante a efectividade da tutela principal e o próprio conteúdo das sentenças principais — que se fixa em função dos poderes de pronúncia dos tribunais administrativos perante a Administração ⁽¹⁹³⁰⁾ e do tipo de pretensões efectivamente deduzidas — que condicionam os poderes de pronúncia do *sujeito-jurisdicional-de-urgência*.

assistente num processo-crime que há mais de 17 anos está pendente na jurisdição criminal portuguesa — que contempla os factos relativos à relação estabelecida entre este sujeito e a Caixa Económica Faialense —, encontrando-se numa situação económica de grave carência, solicitou a condenação do Estado-juiz a reparar provisoriamente, sob a forma de renda mensal, o dano que para ele resultou da violação do seu direito a uma decisão judicial em prazo razoável. Este acórdão foi publicado e teve a nossa anotação: «A garantia do prazo razoável...», cit., pp. 56 ss.

⁽¹⁹²⁹⁾ Para um exemplo, vd. acórdão do TCA de 16.11.2000, processo n.º 5088, sumariado in: CJA-25-57.

⁽¹⁹³⁰⁾ Sobre este tema, vd. D. FREITAS DO AMARAL/M. AROSO DE ALMEIDA, *Grandes linhas...*, cit., pp. 51 ss.

De resto, normalmente, como as providências de matriz conservatória concretizam melhor os princípios orientadores do decretamento da tutela cautelar, *maxime* o de mínima ingerência na esfera do demandado e o da constituição de uma situação provisória reversível, o juiz cautelar deve optar por as decretar. E, ainda que tal não seja possível, ainda assim, deve avaliar se uma providência de natureza conservatória não demonstra *in casu* ser suficiente para obstar ao específico *periculum in mora* alegado, devendo optar pelo decretamento da providência que se revele menos gravosa para todos os interesses em conflito, uma vez que também deste modo concretizará um outro princípio orientador do decretamento da tutela cautelar: o de decidir assegurando-se que o risco de decidir mal e que o risco de incorrer em erro judiciário é baixo — ou é tão baixo quanto possível. Contudo, cumpre notar que o facto de se escolher decretar uma providência conservatória não significa obrigatoriamente realizar tal princípio. Aliás, se no domínio geral do contencioso administrativo se pode defender com toda a propriedade o decretamento de uma providência de feição conservatória ou inibitória, já, em certos domínios, tal tipo de providência não é obrigatoriamente recomendável, uma vez que a sua força paralisante pode produzir um efeito lesivo muito mais grave na esfera da entidade demandada e na esfera de terceiros do que a antecipatória. Pense-se na suspensão de procedimentos concursais, na suspensão de um despacho que autoriza a repetição de um exame escolar de acesso à universidade que deixa de fora certo grupo de alunos, na suspensão de um procedimento contratual ou na intimação para que a entidade adjudicante sustenha a celebração de um contrato. Estas medidas traduzem, sem dúvida alguma, um efeito mais lesivo para os demais interesses públicos e privados em presença do que aquela providência através da qual se admita que a Administração seja intimada a admitir um aluno no exame final de 12.º ano, a readmitir provisoriamente num procedimento concursal um concorrente que dele tenha sido afastado ou aquela por via da qual o tribunal ordene à entidade adjudicante para corrigir as cláusulas inseridas em algum dos documentos do concurso. Em todo o caso, não se duvida que a escolha da providência cautelar adequada deve ser sempre realizada no caso concreto, tendo em conta todo o quadro jurídico-factual e a escolha segunda a lógica de TOMMASEO, de sacrificar o improvável ao provável (1931).

De resto, somos da opinião de que, sempre que seja possível aguardar mais tempo, é preferível que a emissão de *decisões-jurisdicionais-de-urgência-não-provisórias* aconteça através de processos adequados para desembocar na prolação de decisões de mérito. E, como sabemos, hoje, à luz das novas regras introduzidas no CPTA, não se duvida de que o particular deve prefe-

(1931) Sobre este assunto, e para outros desenvolvimentos e bibliografia, remetemos para a nossa *Introdução...*, cit., esp. pp. 120 ss.

rencialmente lançar mão dos processos urgentes próprios para obter uma decisão de mérito, quais sejam os processos urgentes previstos no Título IV ou os previstos em legislação avulsa. E não se duvida também que o *juiz-da-urgência* deve preferencialmente optar pelos processos urgentes principais ou pelos mecanismos que lhe permitem decidir o mérito da causa, sempre que entende necessário proceder à antecipação de uma sentença, tais como os previstos nos artigos 132.º, n.º 7, e 121.º do CPTA.

2.2. No âmbito dos processos urgentes, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* emite sentenças de mérito, sendo que os efeitos a alcançar estão determinados na lei. Contudo, na intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias os efeitos a alcançar através das *decisões-de-urgência-de-mérito* são muitos mais extensos. Assim, no âmbito dos processos impugnatórios urgentes, os poderes do juiz são mais determináveis «à la carte», ao contrário do que acontece no contexto das intimações, especialmente na intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. Na verdade, não obstante aqueles processos serem designados de processos impugnatórios, o sujeito jurisdicional exerce neles poderes de plena jurisdição. Por exemplo, a propósito do contencioso eleitoral, o juiz pode anular o acto eleitoral e pode condenar a entidade demandada na prática de certo comportamento específico, como seja a repetição de todo o procedimento eleitoral. E no contencioso pré-contratual, já mencionámos que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* exerce fundamentalmente poderes de pronúncia pré-determinados na lei, não obstante tais poderes não se resumirem a anular ou a declarar nulo um acto ou uma norma relativos ao procedimento de formação de um desses contratos.

Cumprе, no entanto, dar a devida atenção à intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, uma vez que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência*, para além de possuir um poder amplo de apreciar os pressupostos de que depende a admissibilidade do processo de intimação tem um conjunto de poderes de pronúncia significativos. Com efeito, para além de o juiz concretizar «uma prerrogativa de avaliação», que [segundo VIEIRA DE ANDRADE] deve ser entendida como um poder-dever especialmente destinado à protecção dos direitos fundamentais», [sendo que] não se trata apenas do reconhecimento de uma posição estratégica natural do juiz para adaptação do processo, mas trata-se também de uma manifestação da ideia constitucional do juiz como responsável directo pelo incumprimento da Constituição» (1932), e para além dos poderes exorbitantes de que o juiz é titular em termos de gestão de processo, destaca-se o poder de fixar o conteúdo da *decisão-de-urgência-de-mérito* a proferir.

(1932) Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 265 e 266.

Assim, para além determinar uma intimação, a decisão do *sujeito-jurisdicional-de-urgência* determina o prazo para cumprimento da intimação e o responsável pelo mesmo ⁽¹⁹³³⁾, sendo certo que esta ideia consagrada no artigo 110.º, n.º 4, deve ser articulada com a do n.º 5, admitindo-se, assim, que o juiz possa, desde logo, impor o pagamento de sanção pecuniária compulsória na própria decisão da intimação para o caso do incumprimento da intimação, podendo esta imposição acontecer também em despacho ulterior. E, por outro, a lei processual admite que quando a pretensão se dirija à prática de acto administrativo estritamente vinculado, se possa proceder, a título muito excepcional, à emissão de sentenças substitutivas da pronúncia da Administração, designadamente quando se trate da execução de acto administrativo já praticado. Esta possibilidade prevista no artigo 109.º, n.º 3, que confere ao tribunal o poder de proceder à execução específica desse dever, emitindo uma sentença substitutiva, destinada a produzir os mesmos efeitos do acto devido, e portanto, destinada a substituir o acto ilegalmente recusado ou omitido, é a única hipótese em que a disciplina processual administrativa concede ao sujeito-jurisdicional poderes de substituição fora do âmbito da execução das sentenças ⁽¹⁹³⁴⁾. Assim, antecipada para o momento declaratório e para o âmbito de um processo sumário declarativo, a intimação traduz também uma possibilidade de antecipação da execução de sentenças. Como se sabe, normalmente, a execução judicial específica do dever de a Administração praticar um acto estritamente vinculado só pode ser obtida no âmbito do processo executivo, depois de verificado o não cumprimento da sentença que tenha condenado a Administração à prática de acto (artigos 164.º, n.º 4, e 167.º, n.º 6). Ora, a excepção que o processo de intimação consagra deve-se, sem dúvida alguma à urgência. Aliás, como escreve AROSO DE ALMEIDA, «esta é, pois, uma situação excepcional, determinada pela urgência». Aliás, no contencioso urbanístico, no contexto da intimação para a emissão de alvará, é também a urgência que permite a emissão de uma sentença com igual natureza substitutiva, que o *juiz-da-urgência* emite.

3. Alguns poderes (verdadeiramente) exorbitantes do *sujeito-jurisdicional-de-urgência*

As *decisões-antecipatórias-provisórias* constitutivas e de intimação e as *decisões-de-urgência-de-mérito-substitutivas* suscitam alguma preocupação e alguns receios. É certo que a emissão de uma *decisão-de-urgência* seja ela provisória ou de mérito envolve riscos, uma vez que, sendo proferidas em pro-

⁽¹⁹³³⁾ Vd. acórdão do TCA-S de 02.06.2005, processo n.º 773/05.

⁽¹⁹³⁴⁾ Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 265 e 266; SÉRVULO CORREIA, *Direito do contencioso administrativo...*, cit., pp. 768 ss.

cessos simplificados e abreviados, há sempre a possibilidade de erro e há a possibilidade de, com a emissão da decisão a favor de um dos *sujeitos-no-processo*, resultar a produção de uma situação de facto consumado em detrimento do outro, sendo que, de igual modo, o indeferimento da providência também é susceptível de causar a um *dos sujeitos-no-processo*, a produção de uma situação de facto consumado, beneficiando irreversivelmente o outro. É certo também que, existindo paralisação da actuação administrativa, o risco emerge, por um lado, da possibilidade de perda da utilidade na actuação posterior do *sujeito-administrativo* e na consequente formação de um facto consumado ou na produção de prejuízos graves para o interesse público e para outros interesses privados envolvidos. Por outro lado, existindo decretamento da *decisão-de-urgência-antecipatória*, o risco manifesta-se na possibilidade de existir uma apropriação antecipada de espaços de valoração próprios da *sujeito-administrativo*, anulando, deste modo, a sua função e desequilibrando o princípio de poderes.

Ainda assim, a efectividade da tutela judicial e a emissão de tutela judicial em prazo razoável parecem justificar a entrega de tais poderes, tal como justificam a possibilidade de aplicação das sanções pecuniárias compulsórias ou justificam a entrega de poderes verdadeiramente exorbitantes, de entre os quais resulta a desvinculação do *sujeito-jurisdicional-de-urgência* ao princípio do pedido. Assim, no que respeita ao primeiro, ele está configurado tanto no contexto da decretação da providência cautelar de natureza infungível (de conteúdo positivo ou negativo), procurando assegurar a efectividade do cumprimento da providência decretada, nos termos dos artigos 127.º, n.º 2, e 169.º do CPTA, como no contexto dos processos previstos no Título IV do CPTA. Com efeito, como apontámos, no âmbito do processo para protecção de direitos, liberdades e garantias, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* pode determinar de imediato na *decisão-de-urgência-de-intimação* quer o comportamento concreto que deve ser adoptado pelo destinatário da intimação, o prazo para o cumprimento e o responsável pelo mesmo, sendo possível fixar que o incumprimento da intimação sujeita o particular ou o titular do órgão ao pagamento de sanção pecuniária compulsória, nos termos do artigo 110.º, n.ºs 4 e 5, do CPTA.

E o direito ao processo efectivo e temporalmente justo parece justificar a entrega ao *sujeito-jurisdicional-de-urgência* do poder de este se desvincular do princípio do pedido⁽¹⁹³⁵⁾. De facto, nos termos do artigo 120.º, n.º 3, do CPTA, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* pode adoptar outra ou outras providências, em cumulação ou substituição daquela ou daquelas que tenham

(1935) A este propósito, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 303 e 304.

sido concretamente requeridas, quando tal se revele adequado a evitar a lesão desses interesses e seja menos gravoso para os demais interesses, públicos e privados, em presença. E no quadro jurídico traçado no Título IV, o *sujeito-jurisdicional* também pode desvincular-se do pedido. Assim acontece no âmbito do contencioso pré-contratual, quando o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* considera que, na pendência do processo, se verifica uma situação de impossibilidade absoluta que obsta à satisfação dos interesses do autor, sendo que neste caso, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* deixa de proferir a sentença com conteúdo pretendido, acabando por fixar o montante da indemnização acordada pelas partes ou pedida pelo autor na falta de acordo, nos termos dos artigos 102.º, n.º 5, e 45.º do CPTA.

Mas, no contexto dos processos urgentes previstos no Título V do CPTA há outras manifestações. Assim, não se regendo pelo princípio do dispositivo, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* pode exercer uma série de poderes a título oficioso, de entre os quais se conta a possibilidade de impor a prestação de uma garantia, quando a providência a decretar demonstrar ser apta a causar prejuízos para os interesses públicos e privados e estes sejam integralmente reparáveis mediante indemnização pecuniária. Enfim, há ainda a possibilidade de, por sua própria iniciativa, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* alterar e revogar a decisão tomada no sentido de adoptar ou recusar (!) a adopção da providência requerida, com fundamento na alteração das circunstâncias inicialmente existentes (nos termos do artigo 124.º do CPTA). E, enfim, há a possibilidade de o tribunal considerar que a adopção de uma providência cautelar solicitada prejudica o interesse público, mesmo quando a entidade pública demandada não vem a tribunal nem apresenta contestação, exigindo-se neste caso que a possibilidade de lesão seja manifesta ou ostensiva.

Finalmente, há o poder exorbitante fixado no artigo 120.º, n.º 2, do CPTA, nos termos do qual o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* está autorizado a recusar a adopção da providência cautelar solicitada quando considerar que, 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 adopção de outras providências. De facto, a lei processual administrativa permite que nos casos excepcionais em que não seja evidente a pretensão formulada ou a formular no processo principal, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* possa proceder à ponderação de interesses públicos e privados, devendo recusar ou deferir a providência em função desse juízo. Independentemente do resultado da análise dos pressupostos de deferimento das providências conservatórias e antecipatórias, o resultado que conta para este efeito é o que resulta do exame de interesses. E, uma vez que o objectivo da ponderação não é assegurar a efectividade da tutela judicial dos interesses públicos e privados opostos aos inte-

resses do requerente mas satisfazer interinamente um deles, tudo indica que se trata de um poder exorbitante.

Podemos, pois, questionar se, tal como o legislador francês, que a propósito das condições de procedência dos processos de «référé» comuns — *référé-suspension*, *référé-liberté* e *référé conservatoire* — fixou na lei a expressão «pode» («peut»), também, entre nós, a lei processual administrativa desejou manter a natureza facultativa e excepcional da tutela jurisdicional cautelar. Em relação ao modelo francês, esta tendência revelada na *jurisprudência Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame à Versailles* (1936), que consagra o «carácter excepcional» (1937) da suspensão da eficácia do acto administrativo, foi sendo aplicada pelo *Conseil d'État* nos primeiros anos de aplicação do CodeJA, pese embora tal pressuposto de ponderação de interesses públicos e privados não ter consagração expressa no texto da lei (1938). E a lei processual administrativa espanhola fixa este balanço de interesses no conjunto dos pressupostos de procedência da tutela cautelar, como se sabe. Contudo, a doutrina não é unânime no momento de avaliar as virtualidades e os defeitos de tal pressuposto (1939) e o mesmo acontece no sistema alemão, como vimos.

(1936) Foi neste caso, em 1976, que o *Conseil d'État* estabeleceu que «même lorsque les conditions... sont remplies, il appartient au juge d'apprécier... s'il y a lieu d'ordonner le suris». Todavia, apesar da reforma, o Tribunal continua a exigir esta ponderação de interesses públicos e privados, atribuindo ao juiz um poder livre de decretação do *référé-suspension*. A este propósito, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., pp. 321 e 322; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif...*, cit., pp. 1278 ss. A propósito da interpretação pelo *Conseil d'État* dos poderes do juiz do *référé*, que vão no sentido do referido no texto, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 322.

(1937) Expressão de B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 322.

(1938) Com efeito, de acordo com tal jurisprudência, a expressão «pode» é entendida no sentido de que o legislador desejou manter um «poder livre de decisão, em termos que o juiz pode ordenar ou não a suspensão de um acto, conforme o balanço de interesses públicos e privados envolvidos. E, no mesmo sentido, a jurisprudência considera que o «pode» previsto expressamente no contexto do processo de intimação para tutela das liberdades fundamentais («référé-liberté») e no contexto do *référé conservatoire* também deve ser entendido respectivamente no sentido de que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* pode decidir com liberdade se ordena ou não as medidas necessárias para defender uma liberdade fundamental, bem como decide livremente se deve ou não emitir uma *decisão-de-urgência-provisória-não-especificada*, ainda que se verifiquem as demais condições de procedência. A propósito da interpretação pelo *Conseil d'État* dos poderes do juiz do *référé*, que vão no sentido do referido no texto, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif...*, cit., p. 322; R. VANDERMEEREN, «Le référé-suspension...», cit., pp. 256 ss.

(1939) Cfr. C. CHINCHILLA MARÍN, «Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo en derecho español», in: *Reforma do Contencioso Administrativo. O Debate Universitário...*, cit., p. 450.

Já manifestámos a nossa incerteza quanto à entrega ao *sujeito-jurisdicional-de-urgência* dessa ferramenta. E até hoje não tivemos razões para mudar de opinião, uma vez que, tal como está redigido o n.º 2 do artigo 120.º do CPTA, permite que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* opte pela manutenção de uma situação de ilegalidade em detrimento da tutela jurisdicional efectiva do direito do requerente, se, após uma ponderação de interesses públicos e privados, considerar que os danos que resultariam da concessão de uma medida cautelar se mostram superiores àqueles que poderiam resultar da sua recusa. E de duas uma: ou tal preceito autoriza a ponderar antes de o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* avaliar os pressupostos de deferimento da providência, qual seja o fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de um prejuízo de difícil reparação e os fundamentos da pretensão formulada no processo principal, sendo certo que se pressupõe que a lei o dispensa de tal exame (cansativo), quando à partida, ponderados os interesses públicos e privados, a emissão da providência solicitada se revelar mais gravosa para os interesses públicos e privados em presença; ou tal preceito autoriza o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* a ignorar o resultado da avaliação dos critérios de juridicidade presentes nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 120.º, desvalorizando o resultado a que chegou da análise do pressupostos relativos aos fundamentos da pretensão a formular na causa principal. Somos da opinião de que, existindo análise do direito material a aplicar à causa principal e existindo a convicção de que o requerente obterá provavelmente sucesso na causa principal (mesmo não se tratando da situação de evidência), o princípio da tutela jurisdicional efectiva obsta à ponderação de interesses públicos e privados. Com efeito, segundo a lógica *leipoldiana*, esta regra de ponderação só tem sentido quando o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* não procede à análise antecipada das pretensões jurídicas substantivas a realizar na causa principal, isto é, quando o juiz substitui a análise do direito material que rege a *quaestio iuris* a resolver na causa principal pela aplicação de uma regulação especial que assenta no critério de ponderação de interesses. Temos para nós que a função do *sujeito-jurisdicional-de-urgência* é assegurar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, pelo que não deverá anular a função do *sujeito-jurisdicional* e muito menos deverá transformá-lo em *sujeito-jurisdicional-da-indemnização* ⁽¹⁹⁴⁰⁾.

⁽¹⁹⁴⁰⁾ Do entendimento de que o poder de ponderação entregue ao juiz cautelar administrativo espanhol não deve transformar a tutela cautelar em tutela facultativa é C. CHINCHILLA MARÍN, «Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo en derecho español», in: *Reforma do Contencioso Administrativo. O Debate Universitário...*, cit., p. 450.

Enfim, entre nós, a categoria da tutela jurisdicional de urgência não é uma tutela jurisdicional de exceção ⁽¹⁹⁴¹⁾. Antes pelo contrário, é o tipo de tutela ordinária para realizar as *pretensões-de-urgência* de que depende a concretização do direito ao processo efetivo e temporalmente justo. E, por isso, a emissão de *decisões-de-urgência-provisórias* ou de *decisões-de-urgência-de-mérito* deve depender da análise dos respectivos pressupostos de deferimento, incluindo os de juridicidade, devendo realizar-se, para o efeito, uma instrução probatória adequada à urgência e à necessidade de emitir uma decisão sem erro, sendo que, no que concerne à *decisão-de-urgência-provisória*, é necessário reduzir ao máximo a hipótese de emitir uma decisão de urgência que crie *medio tempore* uma situação de facto consumado, em detrimento de um dos *sujeitos-parte-no-processo*.

⁽¹⁹⁴¹⁾ Sobre este assunto e sobre o receio de tal carácter excepcional estar configurado na lei processual administrativa francesa, vd. J.-L. PISSALOUX, «Quelques réflexions dubitatives...», cit., p. 9.

CAPÍTULO III

O MODELO ORDINÁRIO DE *PLENA COGNITIO* E O MODELO ESPECIAL DA *SUMMARIA COGNITIO*: A URGÊNCIA COMO FACTOR CONFORMADOR DA *SUMARIEDADE PROCEDIMENTAL* E COGNITIVA — A CLASSIFICAÇÃO A PARTIR (SOBRETUDO) DA ESTRUTURA

Razão de ordem: 0. Introdução. § 1. A concretização necessária da sumariedade procedimental. § 2. A concretização da técnica da sumariedade cognitiva. § 3. A concretização (facultativa) do juízo sumário no contencioso administrativo urgente

INTRODUÇÃO

A lei processual administrativa integra um conjunto de processos que seguem a mesma forma processual, desempenham uma mesma função — uma função apreciada no contexto da concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo — e são estruturalmente concebidos em termos simplificados e abreviados. Com efeito, a realização da tutela judicial das *pretensões-de-urgência* acontece vulgarmente através da consagração de processos especiais e através de processos cautelares, sendo que tais processos concretizam normalmente diferentes técnicas processuais. A técnica da *sumariedade procedimental* e a técnica da *sumariedade da cognição* são normalmente concretizadas em processos especialmente concebidos para tutelar a urgência, donde resultam respectivamente os processos sumários e os processos sumários *de cognição sumária*. Tradicionalmente, os processos urgentes cautelares, segundo a terminologia latina, ou os processos acessórios (*de référé* ou de *einstweilige Rechtsschutz*), *id est* os processos que desembocam na adopção de uma *decisão-judicial-de-urgência-provisória*, são processos sumários de cognição sumária, sendo que tal dupla sumariedade é vulgarmente considerada

como técnica necessária e obrigatória para tutelar a *situação-de-urgência-atípica* ou situação correspondente ao *periculum in mora*.

Com tivemos ocasião de perceber, o processo pode definir-se como sumário quando se desenvolve segundo formas e termos simplificados e abreviados por contraste com os previstos para os processos ordinários ou comuns, quer esta simplificação resulte directa e imediatamente da lei, quer decorra da actuação de determinação estrutural desempenhada pelo *sujeito-jurisdicional-da-urgência*, de acordo com os parâmetros delineados, *a priori*, de forma mais ou menos precisa, pelo *sujeito-legislativo*. Com efeito, tanto a simplificação como a abreviação, operadas a partir da subtracção de elementos constantes da estrutura dos processos ordinários ou comuns, podem traduzir-se na abreviação dos termos e de fases, na simplificação dos trâmites e na eliminação de solenidade e na entrega ao *sujeito-jurisdicional-de-urgência* do poder de determinar a estrutura do processo em função da intensidade da urgência e da complexidade da *quaestio facti* e da *quaestio iuris*. E como tivemos ocasião de apurar, o processo pode dizer-se *sumário de cognição sumária* quando, para além de possuir especificidades de matriz procedimental, possuir especificidades que modificam o seu procedimento instrutório. Assim, recapitulando, o processo sumário de cognição sumária, a par de se reger por uma disciplina especial quanto ao *modus procedendi*, segue um regime especial de instrução e produção de prova, pelo que da concretização de tais normas decorrerá diminuição ou redução da cognição. Em contas precisas, daqui resulta que nem todo o processo sumário pressupõe obrigatoriamente a realização de uma *minus plena probatio*, uma vez que há processos sumários de cognição plena, os denominados processos simplificados ou processos especiais estruturalmente acelerados.

Neste sentido, importa evidenciar, em primeiro lugar, que a lei processual administrativa consagra um modelo de processos especiais, simplificados e abreviados, que foram especialmente desenhados para realizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, sendo que tal modelo tem a sua disciplina prevista tanto no Título IV como no Título V do CPTA. Com efeito, tais processos não são apenas de tramitação urgente. Eles são também estruturalmente concebidos como processos sumários, sendo que da forma urgente recebem fundamentalmente a aceleração e da sumariedade procedimental ganham a simplificação e a abreviação, igualmente necessárias para tutelar as *situações-de-urgência*. Os processos urgentes previstos no CPTA são, pois, processos que tramitam segundo uma forma especial e são fundamentalmente processos em que se concretiza a sumariedade procedimental, uma vez que são estruturalmente sumários, variando, no entanto, de processo para processo, as modalidades de concretização da sumariedade procedimental, sendo certo que alguns dos processos concebidos nos Títulos IV e V do CPTA concretizam

diferentes instrumentos de simplificação e abreviação, que são, assim, configurados como necessários para tutelar diversas *situações-de-urgência* (§ 1.).

E, em segundo lugar, cumpre dizer também que os processos especiais previstos no Título IV e no Título V do CPTA não são somente processos especiais de trâmite urgente e processos sumários quanto ao *modus procedendi*. Com efeito, para além dos instrumentos de aceleração e do tratamento prioritário e, fundamentalmente, para além de a sua configuração pontual pressupor simplificação e abreviação estruturais, alguns deles concretizam a técnica da cognição sumária. Enfim, como neste momento da nossa exposição o critério que escolhemos para proceder à distinção entre os conceitos de *processo sumário* e *processo sumário de cognição sumária* já foi testado no contexto da lei processual civil, cumpre perceber que a concretização da técnica da sumariedade cognitiva acontece tanto em modalidades dos processos especiais previstos no Título IV do CPTA como em modalidades dos processos especiais previsto no Título V do CPTA. Na verdade, apurados os contornos do modelo instrutório ordinário, que foi sobretudo desenhado pelo *sujeito-legislativo* tendo em conta as normas e os princípios de matriz civilista, e apurado que tal modelo de *plena cognição* se rege por normas e por princípios, tais como o princípio de contraditório, o princípio da universalidade das provas, o princípio da aquisição processual e o princípio da livre convicção do juiz, cumpre dizer que tais regras e princípios sofrem desvios quando integrados na disciplina que rege especialmente o procedimento de instrução e produção de prova em tais modalidades de processos consagrados tanto no Título IV como no Título V do CPTA (§ 2.).

E, em terceiro lugar, cumpre dizer que se algumas das modalidades dos processos especiais previstos no Título IV e no Título V do CPTA não são somente processos sumários quanto ao *modus procedendi*, uma vez que alguns deles também concretizam a técnica da cognição sumária, ainda assim devemos realçar que a maior parte dos processos sumários de cognição sumária previstos nos Título V desembocam na emissão de uma *decisão-judicial-de-urgência* tendo por base um *juízo-sumário*. E assim é porque em tais processos, que também concretizam a técnica da acessoriedade-instrumentalidade, a *quaestio iuris* da causa principal não chega a ser resolvida de forma conclusiva, devendo permanecer sempre em aberto. Com efeito, a expressão *juízo-sumário* é sinónimo de *juízo-provisório* e ambos, sendo apanágio apenas de um tipo de processos sumários de cognição sumária, decorre do facto de o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* realizar um exame de conclusão impróprio, em termos que a subsunção do factos ao direito material a aplicar à *quaestio iuris*, nesse processo urgente de tipo acessório, não pode ser senão incompleta e não pode ser senão inconclusiva. O juízo de verosimilhança difundido na Europa pela escola italiana do início do século XX deverá ser reposto à luz

da figura romana de *summatim cognoscere*. E, por isso, tal *juízo-provisório*, não tendo nenhuma relação com a instrução e produção de prova, decorre fundamentalmente da concretização da técnica da acessoriedade-instrumentalidade e da provisoriedade, sendo, pois, um traço distintivo apenas de algumas modalidades do processo urgente previsto no Título V do CPTA. Enfim, a categoria de urgência é obrigatoriamente composta por processos sumários. Alguns deles são também processos sumários de cognição sumária. Contudo, somente alguns *processos sumários de cognição sumária* desembocam em *juízos-sumários* ou *juízos-provisórios*. E esta é, pois, mais uma característica (e mais uma característica apenas) de uma espécie que integra a categoria da tutela de urgência (§ 3.).

§ 1. A CONCRETIZAÇÃO NECESSÁRIA DA SUMARIEDADE PROCEDIMENTAL

Razão de ordem: 0. Introdução. 1. O *modus procedendi* dos processos ordinários. 2. A simplificação e abreviação do *modus procedendi* nos processos urgentes principais. 3. A simplificação e a abreviação do *modus procedendi* nos processos urgentes cautelares

0. Introdução

Como indicámos no intróito a este capítulo, não obstante o modelo ordinário se desdobrar em duas formas de processo, a forma da acção administrativa especial é aquela que segue o processo que tem por objecto o maior número de pretensões a realizar na justiça administrativa. E, assim, embora não sendo o processo declaratório comum, aquele processo é, na verdade, e por um conjunto de factores, a via processual ordinária do contencioso administrativo. E, neste contexto, seguindo a metodologia do confronto, é, portanto, a partir das regras que o concretizam, e que são fundamentalmente de matriz administrativa, que vamos procurar perceber em que termos o legislador procedeu à simplificação e à abreviação do *modus procedendi* dos processos consagrados nos Títulos IV e V. Ou, por outras palavras, é a partir dos traços da acção administrativa especial que vamos estudar os processos simplificados e abreviados, ou processos sumários, previstos no contencioso administrativo para tutelar a urgência (1.).

Apurado que os processos sumários apenas se distanciam dos processos ordinários pelo carácter simplificado e abreviado do seu *modus procedendi*, sendo que esta simplificação e a abreviação não configuram excepção perante o regime regra de prova e de produção de prova, apraz verificar, caso por caso, e explicar depois, em que é que se traduz a simplificação e a abreviação do *modus procedendi* do processo ordinário principal do contencioso admi-

nistrativo, o da ação administrativa especial. E, em contas muito simples, vamos poder concluir que os processos previstos no Título IV do CPTA, bem como o processo cautelar comum e os processos cautelares especiais, previstos no Título V do CPTA, constituem verdadeiramente processos sumários. E isto porque, em primeiro lugar, a simplificação e a abreviação são *a priori* determinadas legalmente, estando de diversos modos consagrados em tais processos instrumentos de simplificação e abreviação, e, porque, em segundo lugar, predomina em todos eles o princípio da indeterminação estrutural do processo e a liberdade de forma, de tal modo que o *modus procedendi*, que é caracterizado pela simplificação e abreviação da forma e dos termos determinados para a AAE resulta logo imediatamente da lei. E, de resto, veremos que cabe em muitas situações ao próprio juiz optar, numa situação de alternativa, por aquele regime simplificado, bem como ainda cabe ao juiz, numa situação de conformação (quase totalmente) livre, proceder à própria determinação estrutural do processo e à escolha da forma e dos termos a seguir. Verifica-se, em suma, que a simplificação e a abreviação resulta da lei e decorre também da posterior actuação gestora do juiz, com envolvimento de alguma discricionariedade (2.).

E, claro está, que sendo várias e distintas as modalidades de concretização da simplificação procedimental, as concretizadas nos processos incluídos no Título IV e no Título V são também diversas, variando a sua concretização em função da própria intensidade da situação de urgência configurada e da complexidade das questões a decidir. E, assim, por outras palavras, não obstante o legislador determinar que alguns dos processos urgentes principais seguem a tramitação prevista para a ação administrativa especial, isto é, as normas constantes do capítulo III, do Título III, o legislador determina pontualmente um *modus procedendi* simplificado e abreviado para cada processo especial. E os instrumentos e as válvulas de simplificação e de condensação previstas vão variando de processo para processo, dando a impressão de existir uma concretização de simplificação/aceleração em crescendo, a começar no processo sumário cautelar consagrado no artigo 131.º, que é, na verdade, um processo muito simplificado e abreviado quando comparado com aquele primeiro, sendo, em abono da verdade, um processo sumaríssimo, e a terminar no processo impugnatório pré-contratual. E ao mesmo tempo, e perspectivando a totalidade do modelo de sumariedade que se estende do Título IV ao Título V, a concretização da simplificação procedimental pode ser vista num sentido decrescente, sendo o menos simplificado o processo previsto no artigo 100.º, e o mais simplificado o processo cautelar previsto no artigo 131.º De uma forma ou de outra, não se duvida de que todos pertencem a um mesmo e único modelo: o modelo dos processos sumários (urgentes). E cumpre, também, notar que a par destes processos sumários urgentes, o processo sumário para resolução de conflitos de competência entre tribunais da jurisdição administrativa e fis-

cal e para resolução de conflitos de atribuições entre órgãos de diferentes pessoas colectivas públicas, *ex vi* do artigo 42.º, n.º 2, aliena a), do Código de Procedimento Administrativo e artigo 135.º do CPTA, é também um processo sumário. E este último processo é, na verdade, um processo sumário de cognição sumária que também atende a razões de urgência (3.).

1. O *modus procedendi* dos processos ordinários

E, para o efeito de perceber a simplificação e abreviação de que beneficiam os processos urgentes, vamos, como já dissemos nas considerações introdutórias, partir daquele que é tido como o segmento mais frequente do modelo ordinário, não obstante não ser o segmento-regra, nem ser o segmento processual comum. Com efeito, a nossa base de confronto será estabelecida a partir da disciplina que é traçada pelo legislador para a acção administrativa especial, *maxime*, as regras constantes do capítulo III do Título III. Bem sabemos que a forma da acção administrativa comum se apresenta como a forma de acção a seguir por todos os processos que tenham por objecto litígios cuja apreciação se inscreva no âmbito da jurisdição administrativa e para os quais nem o CPTA, nem legislação avulsa determinem forma especial distinta. E como se sabe também, uma vez que seguem a forma de AAE os processos que tenham por objecto pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de actos administrativos, bem como de normas que tenham ou devessem ter sido emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo, e uma vez que se permite a cumulação de pedidos, quer nos termos das regras gerais, quer nos termos do artigo 47.º, percebe-se que a maior parte das pretensões acabem por ser reconduzidas para aquela acção. E, na verdade, o próprio artigo 5.º, n.º 1, reforça este resultado, uma vez que determina que não obsta à cumulação de pedidos a circunstância de aos pedidos cumulados corresponderem diferentes formas de processo, adoptando-se, nesse caso, a forma de acção administrativa especial.

Na verdade, o processo que tem por objecto as pretensões previstas a título residual no artigo 37.º do CPTA segue a forma da ACC e por isso o seu *modus procedendi* é exclusivamente determinado pela lei processual civil (1.1.). Já o processo que tem por objecto as pretensões taxativamente enumeradas no artigo 46.º, e as que com estas são passíveis de cumulação (*ex vi* dos artigos 4.º e 47.º), integra um *modus procedendi* que é desenhado na lei processual administrativa, especialmente nas disposições que o CPTA prevê no capítulo III do Título III, e tal *modus procedendi* é subsidiariamente traçado pela lei processual civil. E decidimos comparar este modelo ordinário cujo regime é fundamentalmente traçado por normas de matriz administrativa, tendo também em conta que estas disposições da lei processual

administrativa se aplicam em alguns termos aos processos previstos no Título IV (1.2.).

1.1. O legislador quis que a acção administrativa comum seguisse o processo de declaração previsto no Código de Processo Civil, tendo, ainda assim estabelecido algumas especificidades, embora não tantas quanto as desejáveis. Assim, o processo de declaração, na dimensão de processo ordinário, previsto nos artigos 467.º e ss. do CPC, que é aplicável quando o valor da causa exceda a alçada do TCA (nos termos do artigo 43.º, n.º 1), inclui vários momentos, a saber: a petição inicial, contestação, réplica e tréplica, articulados supervenientes, audiência preliminar e saneador, instrução do processo, discussão e julgamento da causa e finalmente sentença.

O CPTA prevê, portanto, algumas especificidades para a tramitação da AAC. Assim, nos termos dos artigos 42.º a 45.º, o legislador estabelece que, quanto à formação de julgamento, só em processo ordinário há lugar a julgamento por tribunal colectivo da matéria de facto, a requerimento de qualquer das partes (artigo 42.º, n.º 2). E, quando a acção deva ser julgada por tribunal singular, a sentença é sempre proferida pelo juiz do processo, mesmo quando a matéria de facto tenha sido julgada por um colectivo. A lei administrativa também prevê expressamente que, nas sentenças que imponham o cumprimento de deveres à Administração, o tribunal possa logo determinar uma sanção pecuniária compulsória destinada a prevenir o incumprimento. Depois, o CPTA admite situações de modificação objectiva da instância, quando se verifique uma situação de impossibilidade absoluta ou de prejuízo excepcional para o interesse público no cumprimento dos deveres a que deveria ser condenada a entidade administrativa. E, seguindo uma lógica excessiva de entrega de poderes ao tribunal em detrimento dos direitos dos particulares e seguindo uma lógica de reforço do inquisitório e da oficiosidade em detrimento do dispositivo e do princípio da disponibilidade das partes, o tribunal pode convidar as partes a acordarem uma indemnização e, na falta do acordo, o tribunal pode fixar tal indemnização a pedido do autor⁽¹⁹⁴²⁾. Concretizando um mecanismo que permite reconhecer de forma antecipada a existência de causas legítimas de inexecução da sentença e reconhecendo o direito a uma indemnização, o artigo 45.º consagra, pois, uma faculdade que não está isenta de ambiguidades. Enfim, também este aspecto revela que teria sido importante que o legislador tivesse previsto autonomamente um regime para a acção administrativa comum, como de resto fez para a acção administrativa especial.

⁽¹⁹⁴²⁾ Sobre este assunto, vd. VASCO PEREIRA DA SILVA, «Todo o contencioso administrativo...», cit., pp. 24 a 30.

1.2. O *modus procedendi* do processo principal do contencioso administrativo, isto é, do processo que tem por objecto pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de actos administrativos e normas administrativas, é desenhado atendendo a um conjunto de valores. Por um lado, e no contexto da garantia fundamental de acesso ao direito e à tutela jurisdiccional efectiva, há a preocupação de assegurar que o processo termine com uma decisão de mérito, procurando assim assegurar mecanismos que permitam a correcção de vícios e o aperfeiçoamento de peças processuais, e com decisões que realizem a justiça material, eliminando para o efeito restrições e proibições que eram típicas do contencioso anterior, *maxime*, em matéria de prova, onde claramente deixa de existir a proibição do depoimento da autoridade recorrida, e a exclusão da prova testemunhal e por inspecção, e passa a ser possível a realização da audiência pública de discussão da matéria de facto. Por outro lado, e isso é uma constante do actual *modus procedendi* do processo principal do contencioso administrativo, o legislador seguiu uma linha de orientação que vai no sentido de obter, em cada momento, ganhos de tempo no sentido da obtenção da decisão final em tempo razoável. E assim, à luz do princípio da celeridade e da economia do processo, o legislador foi prevendo instrumentos de economia de meios e de tempo. Falamos, por exemplo, na redução de prazos, na citação simultânea da entidade demandada e de contra-interessados, na instrução faseada em caso de cumulação de pedidos, no carácter facultativo das alegações por acordo de partes, na possibilidade de, por despacho saneador, o juiz proceder à antecipação total ou parcial da decisão da causa. De resto, esta preocupação é ainda visível na previsão de um mecanismo de extensão dos efeitos da sentença (artigo 161.º) e de uma tramitação especial para a resolução dos processos em massa (artigo 48.º).

E, assim, disciplinada fundamentalmente pelas normas constantes do capítulo III do Título III, e supletivamente pelas disposições constantes da lei de processo civil, a tramitação da acção administrativa especial desdobra-se em três fases ⁽¹⁹⁴³⁾: a fase dos articulados (**1.2.1.**), que inclui a iniciativa e primeiro contraditório, a fase de saneamento, instrução e alegações (**1.2.2.**) e a fase de julgamento e da publicidade (**1.2.3.**).

⁽¹⁹⁴³⁾ Sobre este tema, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 304 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 245 a 265; JOÃO RAPOSO, «A tramitação da acção administrativa especial», CJA, 39, 2003, pp. 13 ss.; M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de processo...*, cit., pp. 458 a 558; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 389 ss.

1.2.1. Quanto à fase dos articulados, ela desdobra-se em vários momentos, a saber, no momento da petição inicial (artigos 78.º e 79.º), no da intervenção da secretaria (artigo 80.º), no da contestação da entidade administrativa e dos contra-interessados (artigo 83.º), no da intervenção do MP (artigo 85.º) e no momento dos articulados supervenientes (artigo 86.º). Vejamos, com mais calma, a fase dos articulados. Já vimos que esta se desdobra em vários momentos. Ora, vejamos o momento da petição inicial (artigos 78.º e 79.º). Como se percebe, é a petição inicial que desencadeia o processo e abre a instância. Apresentada formalmente de acordo com a forma articulada, determina a lei processual (no artigo 78.º, n.º 2) que da PI devem constar: os elementos essenciais da causa — identificação do tribunal, das partes, incluindo contra-interessados, do acto impugnado, formulação do pedido e da causa de pedir — e outros elementos ou dados, como designadamente o valor da causa, a forma do processo e a indicação dos factos probatórios ou factos cuja prova o autor se propõe fazer. E junto à PI, devidamente identificados, devem estar os documentos que, desde logo, provem esses factos, designadamente do que prova a prática do acto ou da norma impugnados, a menos que o autor não disponha deles, devendo, neste caso, informar que os mesmos estão juntos ao processo administrativo. Para além de a petição dever ser instruída com outros documentos probatórios que não constem do procedimento administrativo (artigo 78.º, n.º 2, alínea l)), ela deve ainda ser instruída com outros elementos, designadamente com comprovação do pagamento da taxa de justiça e com a procuração forense. Na petição pode requerer-se a dispensa da produção de qualquer prova, bem como da apresentação de alegações (artigo 78.º, n.º 4).

Posteriormente, segue-se a intervenção da secretaria (artigo 80.º), onde a petição é examinada, podendo existir recusa do recebimento da petição inicial quando se verifiquem os factos previstos no artigo 80.º, e, assim, por, designadamente, faltarem os elementos obrigatórios referidos no artigo 78.º, n.º 2. É a secretaria que promove officiosamente a citação da entidade demandada e dos contra-interessados, citação que é realizada simultaneamente e com prazo comum de 30 dias para contestarem (artigo 81.º). E nesse momento, a secretaria procede também ao envio ao Ministério Público (MP) de um cópia da petição e dos documentos, excepto quando este for autor (nos termos do artigo 85.º). E, em seguida, segue-se o momento da contestação da entidade administrativa e dos contra-interessados (artigo 83.º). A entidade demandada, através dos serviços do órgão competente, contesta e deve enviar juntamente com a contestação, ou dentro do respectivo prazo, o *processo administrativo* (artigo 84.º). Na falta injustificada de envio, o juiz pode determinar a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias, sem prejuízo do apuramento de outro tipo de responsabilidades e consequências para efeitos de prova. Vejamos melhor.

A contestação deve ser articulada e devidamente instruída, devendo haver notificação do seu conteúdo ao autor e ao MP. Com efeito, a entidade demandada deduz, de forma articulada, toda a matéria relativa à defesa e deve juntar os documentos destinados a demonstrar os factos cuja prova se propõe fazer. Deve ainda pronunciar-se sobre o requerimento de dispensa de prova e de alegações, sob pena de o seu silêncio significar assentimento (artigo 83.º, n.º 2). E sem prejuízo do disposto no artigo 84.º, de que se falará a seguir, cumpre notar que, não obstante a falta de contestação ou a falta nela de impugnação especificada não importar confissão dos factos articulados pelo autor, o tribunal aprecia livremente essa conduta para efeitos probatórios. Ora, como se apontou, com a contestação, a entidade demandada deve remeter ao tribunal o original do processo administrativo, bem como os demais documentos de que seja detentora. E assim, se o não fizer, tal não obsta ao prosseguimento da causa. Contudo, a falta de envio do processo administrativo determina que os factos alegados pelo autor se consideram provados. E assim é, se aquela falta tiver tornado a prova impossível ou de considerável dificuldade (artigo 84.º, n.º 5).

A intervenção do MP (artigo 85.º) acontece posteriormente num contexto limitado, uma vez que as regras do *processo justo de matriz europeia* e a orientação do Tribunal Constitucional, mormente no que concerne à imparcialidade do tribunal, vieram restringir os seus poderes. E, assim, este, tendo recebido cópia da PI, intervém quando entender, no prazo limite de 10 dias depois da junção aos autos do processo administrativo ou da apresentação das contestações (artigo 85.º, n.º 5). Porque os poderes de intervenção do MP foram *intencionalmente* diminuídos e condicionados, é-lhe agora (tão só) permitido pronunciar-se sobre o mérito da causa e solicitar a realização de diligências instrutórias (artigo 85.º, n.º 2) nos processos em que esteja em causa a defesa de direitos fundamentais dos cidadãos, interesses públicos especialmente relevantes ou de algum dos valores ou bens referidos no n.º 2 do artigo 9.º Nos processos impugnatórios de actos, o MP pode invocar causas de invalidade diversas das que tenham sido arguidas na petição (artigo 85.º, n.º 3) e suscitar quaisquer questões que determinem a nulidade ou inexistência de actos ou normas administrativas.

A fase dos articulados termina com o momento dos articulados supervenientes (artigo 86.º). Com efeito, até à fase de alegações podem ser deduzidos em novo articulado, por qualquer das partes, factos supervenientes ou de conhecimento superveniente devidamente comprovado, seguindo-se a notificação das outras partes para apresentarem resposta no prazo de dez dias. As provas, quer do facto superveniente quer da superveniência do facto devem ser apresentadas com o articulado e com a resposta ao articulado, sendo os factos articulados acrescentados à base instrutória.

1.2.2. Segue-se a fase de saneamento, instrução e alegações. A fase de saneamento, instrução e alegações desdobra-se em vários momentos, como dissemos. E assim, tendo em conta o despacho de aperfeiçoamento e despacho saneador, cumpre dizer que findo os articulados, o processo é concluso ao juiz ou relator (nos processos em que há julgamento em formação colectiva) (artigo 87.º, n.º 1). E este, devendo apreciar e corrigir todas as questões que obstam ao prosseguimento do processo e que impedem o conhecimento do seu mérito, aprecia a regularidade das peças e *corrige officiosamente as irregularidades formais* ou profere despacho de aperfeiçoamento, convidando as partes a corrigi-las, incluindo as deficiências respeitantes a pressupostos processuais (nos termos dos artigos 87.º, n.º 1, alínea *a*), 88.º, n.º 1, e 88.º, n.º 2). Neste caso, se tendo havido despacho de aperfeiçoamento, há falta de suprimento ou correcção, tal leva o juiz a proferir despacho de absolvição da instância. O despacho saneador também pode, pois, ser um despacho de absolvição da instância (nos termos dos artigos 88.º, n.º 4, e 89.º, n.º 2). Cumpre notar que estas questões prévias que devam ser objecto do saneador, e que não tenham sido objecto de decisão, não poderão ser suscitadas nem conhecidas em momento posterior, pelo que o despacho saneador faz caso julgado formal. Mas, o saneador tem também uma outra função: conhecer total ou parcialmente do mérito da causa sempre que, tendo o autor requerido, sem oposição dos demandados, a dispensa de alegações finais, o estado do processo permita, sem necessidade de mais indagações, a apreciação dos pedidos ou de algum dos pedidos deduzidos. E assim também se passa quando, depois de ouvido o autor no prazo de dez dias para o efeito, o juiz deva conhecer de alguma excepção peremptória (artigo 87.º, n.º 1, alínea *b*)). Nestes casos, o despacho saneador dá lugar à antecipação da sentença final. E ainda tem uma outra função: determinar a abertura de um período de produção de prova, por haver matéria de facto controvertida (artigo 87.º, n.º 1, alínea *c*)). Esta decisão de abertura de instrução, através da determinação dos factos assentes e da fixação dos factos controvertidos que hão-de constituir a base instrutória, surge, pois, com o despacho saneador.

Quanto à fase de instrução do processo (artigo 90.º), esta rege-se fundamentalmente pelas regras constantes da lei processual civil e neste regime predomina o princípio do inquisitório. Assim, se o tribunal não puder conhecer do mérito da causa por despacho saneador, o juiz ou relator pode ordenar as diligências de prova que considere necessárias para o apuramento da verdade e pode indeferir, mediante despacho fundamentado, requerimentos dirigidos à produção de prova sobre certos factos ou recusar a utilização de certos meios de prova quando o considere claramente desnecessário (artigo 90.º, n.ºs 1 e 2).

Finda a produção de prova, segue-se a discussão da matéria de facto e alegações facultativas. Assim, após a instrução, o juiz ou relator pode ordenar

a realização de uma audiência pública para discussão oral da matéria de facto — officiosamente, quando entenda que tal se justifica pela sua complexidade (artigo 91.º, n.º 1), ou a requerimento das partes, se a matéria de facto for controvertida (artigo 91.º, n.º 2). Neste caso, serão também deduzidas de forma oral as alegações sobre a matéria de direito. Excepcionando este último caso, segue-se a fase de alegações escritas sobre a matéria de direito, que são facultativas no sentido de que, como se apresentou inicialmente, as partes podem a elas renunciar (artigo 91.º, n.º 4). E estas, devendo ser apresentadas pelo autor em vinte dias e, posteriormente, em igual prazo, pela entidade demandada e pelos contra-interessados, podem traduzir uma ampliação da causa de pedir, por o autor apresentar novos fundamentos do pedido (factos de conhecimento superveniente), ou uma redução, devendo ser apresentada uma conclusão. O pedido pode igualmente ser ampliado nas alegações, nos termos das disposições que regem a modificação objectiva da instância.

1.2.3. Finalmente, surge a fase de julgamento e da publicidade. A fase de julgamento e da publicidade divide-se em vários momentos, como apontámos: o julgamento, propriamente dito, que é o momento que se profere uma sentença ou um acórdão devidamente fundamentados de facto e de direito. Quanto ao objecto e limites da decisão, nos processos impugnatórios o tribunal deve pronunciar-se sobre todas as causas de invalidade que tenham sido invocadas contra o acto impugnado, bem como deve identificar causas de invalidade diversas das que tenham sido alegadas. Há finalmente a publicidade. A sentença ou acórdão são notificados às partes, sendo os acórdãos do STA e do TCA publicados em apêndice ao Diário da República, salvo os que forem repetitivos (artigo 30.º, n.º 4, do CPTA). São sempre objecto de publicação oficial as sentenças que declararem a ilegalidade de normas com força obrigatória geral ou concedam provimento à impugnação de actos que tenham sido publicados (artigo 30.º, n.os 7 e 8, do CPTA).

2. A simplificação e abreviação do *modus procedendi* nos processos urgentes principais

Apurado que os processos sumários apenas se distanciam dos processos ordinários pelo seu carácter simplificado e abreviado do *modus procedendi*, sendo que a simplificação e a abreviação não configuram excepção perante o regime regra de prova e de produção de prova, cumpre, agora, perceber, caso por caso, em que é que se traduz esta simplificação e abreviação dos processos urgentes constantes do Título IV e Título V do CPTA. Como

vimos, são várias as modalidades de configuração da técnica da sumariedade procedimental:

3. determinação (legal) simplificada e abreviada (ou acelerada) do *modus procedendi* (ou previsão de termos e formas simplificados e abreviados);

- a) número reduzido de articulados;
- b) anulação de fases do processo;
- c) prazos curtos para a prática de actos processuais;
- d) possibilidade de condensar a realização da prova em audiência oral.

4. desregulação processual e ausência de formas e termos pré-constituídos (ou indeterminação estrutural legal do processo, sendo que tal técnica pressupõe a atipicidade da estrutura e a liberdade de forma procedimental),

- a) desviando para a figura do juiz a determinação/conformação da estrutura processual e das formas a seguir. Numa lógica de atribuição de poder discricionário (de entre várias alternativas, permitindo a escolha de uma, ou através da expressão «pode»), o legislador concede ao juiz a escolha da fase seguinte do procedimento e a forma, dotando-o para o efeito de poderes especiais na conformação do procedimento, assumindo-se este como gestor do processo, como «Master of the Rolls» — discricionariedade *in procedendo*. Em tal processo predomina a oficialidade e o princípio do inquisitório (em detrimento do princípio do dispositivo e da igualdade de partes): surge, pois, o processo verdadeiramente a três: demandante, demandado e juiz — *discricionariedade-oficialidade*.

Neste contexto, cumpre dizer em primeiro lugar que, não obstante determinar que alguns dos processos urgentes principais seguem a tramitação prevista para a acção administrativa especial, isto é, as normas constantes do capítulo III, do Título III, o legislador veio pontualmente consagrar um *modus procedendi* simplificado e abreviado para cada processo especial. E, em segundo lugar, cumpre perceber que todos os processos previstos no Título IV do CPTA, bem como o processo cautelar comum e os processos cautelares especiais, previstos no Título V do CPTA, configuram processos sumários porque, por um lado, a simplificação e a abreviação são *a priori* determinadas legalmente, sendo que estão consagradas em tais processos as diversas modalidades de sumariedade procedimental, e, porque, por outro lado, predomina em todos eles o princípio da indeterminação estrutural do processo e a liberdade de forma, de tal modo que o *modus procedendi*, que é caracterizado pela simplificação e abreviação da forma e dos termos determinados para a AAE, resulta

logo imediatamente da lei. E, depois, cabe em muitas situações ao próprio juiz optar por aquele regime simplificado, bem como ainda cabe ao juiz a própria determinação estrutural do processo e a forma a seguir. Verifica-se, em suma, que a simplificação e a abreviação resulta da lei e decorre também da posterior actuação gestora do juiz, com envolvimento de alguma discricionariedade.

Vejam, primeiramente, com mais detalhe, os processos sumários configurados no Título IV. E, em primeiro lugar, cumpre verificar o processo eleitoral (2.1.), depois, o processo pré-contratual (2.2.), segue-se o processo de intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões (2.3.) e, finalmente, terminamos com o processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias (2.4.).

2.1. O processo eleitoral obedece subsidiariamente à tramitação estabelecida no capítulo III do Título III. Contudo, por razões de urgência, esta tramitação sofre, desde logo, excepções e desvios, isto é, aquele *modus procedendi* é imediatamente simplificado e abreviado por iniciativa do legislador. E, aqui, a técnica da determinação legal da estrutura simplificada e abreviada do processo desdobra-se fundamentalmente no encurtamento dos prazos e na abreviação de fases do processo. Assim, não é apenas mais curto o prazo de propositura da acção, que é, salvo disposição especial em contrário, de sete dias a contar da data em que seja possível o conhecimento do acto administrativo em matéria eleitoral ou da omissão, como são mais curtos os prazos para a prática de actos processuais: assim, cinco dias para a contestação e para alegações (se as houver), cinco dias para decisão do juiz ou relator, ou para este submeter o processo a julgamento, e três dias nos restantes casos. Ora, como se percebe a abreviação traduz-se agora no encurtamento de prazos. De trinta e vinte dias, que respectivamente se exige para a contestação e para as alegações no processo ordinário do contencioso administrativo (nos termos dos artigos 81.º, n.º 1, e 91.º, n.º 4), o legislador encurtou o primeiro no processo eleitoral para cinco dias, sendo que o prazo de dez dias, que é o prazo geral supletivo para a prática de qualquer outro acto processual (nos termos do artigo 29.º, n.º 1) é reduzido, neste processo, para três dias.

Cumpre ainda notar que há outros elementos de abreviação. Assim, quando o processo deva ser decidido em primeira instância por tribunal superior, há entrega aos juízes adjuntos de cópias oferecidas pelos intervenientes, uma vez que, como se dispõe nos n.ºs 4 e 5 do artigo 99.º, tal destina-se a substituir os vistos, assim permitindo encurtar os prazos para a preparação da decisão, já que quando deva ir à conferência, o processo é julgado independentemente dos vistos. E, depois, quanto à modalidade de simplificação através da articulação flexível das fases do processo e a possível supressão de alguma delas, tal modalidade está consagrada na disciplina que rege a estrutura deste

processo. Vejamos: não obstante a fase de instrução não ser tida como fase necessária, uma vez que a prova é vulgarmente apresentada com os articulados, sendo ainda assim possível requerer a produção de prova (nos termos do artigo 90.º, n.º 2), neste processo sumário é, contudo, a fase de alegações que é considerada como verdadeiramente eventual, já que a sua existência está condicionada ou limitada. Também aqui se concretiza uma das modalidades de simplificação deste processo perante o processo regido pelas disposições constantes do capítulo III do Título III. Dispõe a lei que, salvo quando tenha sido requerida ou produzida prova com a contestação, não haverá lugar a alegações, sendo que, tal dispensa, não decorre de acordo das partes como acontece no processo ordinário (cfr. artigos 78.º, n.º 4, e 83.º, n.º 2). Assim, ao contrário do regime geral, em que as alegações são sempre facultativas, mas só são dispensadas quando o autor tiver requerido na PI a dispensa de prova e de apresentação de alegações e a entidade demandada manifestar o seu acordo, ainda que tacitamente, no processo eleitoral a fase de alegações tem carácter eventual: só existe se, com a contestação, forem aduzidos novos elementos instrutórios, em termos que o autor deva tomar posição sobre eles e sobre a fixação da matéria de facto. De resto, mesmo que tenha sido produzida prova a pedido do autor, esta fase de alegações não existe⁽¹⁹⁴⁴⁾.

2.2. O processo pré-contratual de impugnação de decisões administrativas e de decisões administrativas com carácter normativo, emitidas pela Administração e certas entidades privadas no decorrer do processo de formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, concretiza de igual modo as duas modalidades de simplificação e abreviação de que falámos exactamente a propósito do processo sumário anterior. E, não obstante também estar sujeito à disciplina estabelecida no capítulo III do Título III, este processo rege-se fundamentalmente por um regime específico simplificado, no âmbito do qual o juiz tem um papel relevante enquanto agente determinante da sumariedade procedimental. E assim, tal simplificação decorre, desde logo, da concretização da técnica da determinação (legal) simplificada e abreviada (ou acelerada) do *modus procedendi*, uma vez que tal tramitação integra um número reduzido de articulados, normalmente a petição inicial e a contestação, sendo mais uma vez a apresentação das alegações tida como eventuais, enquanto condicionadas, levando, pois, a que se fale a este propósito em um número reduzido de fases do processo,

⁽¹⁹⁴⁴⁾ Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., p. 250; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 269 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 498 ss.

e prevê o encurtamento de prazos, quer para a propositura da acção quer para a prática dos actos processuais. E integra ainda a possibilidade de a abreviação do *modus procedendi* por via da condensação dos trâmites em audiência oral (2.2.1.). Depois, como já se afirmou, é neste processo que ganha particularidade, a técnica da indeterminação estrutural legal do processo, sendo que tal técnica pressupõe a atipicidade da estrutura e a liberdade de forma procedimental. E a maior simplificação emerge, sem dúvida alguma, dos poderes do juiz na determinação ou na conformação da estrutura processual e das formas a seguir. Neste processo, predomina verdadeiramente a oficiosidade e o princípio do inquisitório (em detrimento do princípio do dispositivo e da igualdade de partes). Neste processo, o papel principal na conformação está, em suma, reservado ao *sujeito-jurisdicional-da-urgência* (1945) (2.2.2.).

2.2.1. Quanto às modalidades de concretização da simplificação por determinação legal, o *modus procedendi* do processo pré-contratual caracteriza-se da seguinte forma. Integra um número reduzido de articulados, um número reduzido de fases do processo e prevê o encurtamento de prazos, quer para a propositura da acção quer para a prática dos actos processuais. Assim, e sem prejuízo da aplicação do regime previsto para a AAE, especialmente do disposto na secção I do capítulo II do Título III, o processo pré-contratual deve ser accionado no prazo de um mês (e não de quinze dias, como era estabelecido no sistema anterior), a contar da notificação dos interessados ou, não havendo lugar à notificação, da data do conhecimento do acto. E o encurtamento dos prazos decorre também do facto de se prever que o prazo para apresentação de contestação e alegações (quando estas tenham lugar) é de vinte dias, correndo em simultâneo para a entidade demandada e para os contra-interessados, sendo de dez dias o prazo para a prolação de decisão do juiz ou do relator (ou para este submeter a julgamento) e sendo reduzido o prazo para cinco dias nos restantes casos.

E integra ainda um *modus procedendi* com abreviação de fases, sendo que a possibilidade de abreviação das fases do processo surge delegada na figura do juiz. Assim, quanto à primeira possibilidade, ela decorre do facto de neste processo só haver lugar a alegações, se não for requerida ou produzida prova com a contestação, sendo que deve ter-se em conta que, o facto de a entidade demandada estar obrigada a remeter ao tribunal o processo administrativo

(1945) Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 255 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 269 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 514 ss.

(nos termos do artigo 84.º *ex vi* do artigo 102.º, n.º 1), tal não pode ser entendido no sentido de produção de prova, pelo que, neste caso, não devem ser apresentadas alegações finais se a entidade demandada apenas juntar o processo e documentos a que o demandante pudesse ter tido acesso. Depois, quanto à segunda, muito mais significativa, ela resulta do facto de o legislador permitir que, por iniciativa das partes ou por iniciativa do tribunal, e, tendo por razão o mais rápido esclarecimento da questão, seja realizada uma audiência pública, onde deve ser possível produzir prova (designadamente testemunhal e pericial) e onde se procede à discussão da matéria de facto, bem como à discussão da matéria de direito, sendo assim, possível apresentar de forma oral as alegações finais. No final da audiência é suposto ser ditada a sentença.

2.2.2. Aliás, a condensação da tramitação do processo em audiência pública para melhor esclarecimento da questão de facto e de direito, constitui apenas uma das várias possibilidades de o juiz configurar a estrutura do processo e o objecto da própria acção. Assim, em primeiro lugar, o *modus procedendi* deste processo pode alterar-se por se alterar o seu objecto próprio, e por este se alargar para satisfazer duas pretensões relativas a duas situações supervenientes, isto é, situações que podem ocorrer durante a pendência deste processo especial. Com efeito, nos termos do artigo 102.º, n.º 4, o objecto do processo pode ser ampliado, quando, na pendência do processo, o contrato vier a ser celebrado, sendo neste caso impugnado o próprio contrato, segundo os termos do artigo 63.º do CPTA. E a lei processual administrativa prevê igualmente que o tribunal possa deixar de proferir a sentença requerida (isto é, possa deixar de emitir uma sentença com efeitos constitutivos ou declarativos correspondentes aos pedidos formulados), e, em vez disso, possa fixar uma indemnização quando, no caso concreto e durante o desenrolar do processo, se tiver consolidado uma situação de facto e de direito — uma «situação de impossibilidade absoluta» (e não uma situação em que a Administração considere que a execução da sentença ocasionaria um grave prejuízo para o interesse público) — que seja susceptível de obstar à satisfação dos interesses do autor (nos termos do artigo 102.º, n.os 4 e 5) ⁽¹⁹⁴⁶⁾.

Configuradas as modificações objectivas da instância, segue-se a alteração estrutural do *modus procedendi*. Neste último caso, o juiz deve convidar as partes para, no prazo de 20 dias, acordarem o montante do valor da indemnização a que o autor tem direito, devendo seguir-se os trâmites previstos no artigo 45.º, n.º 1. Ora, como, no caso de não haver acordo, o autor pode requerer ao tribunal a fixação do montante da indemnização devida (nos ter-

⁽¹⁹⁴⁶⁾ A este propósito, vd. acórdão do TCA-S de 13.01.2005, processo n.º 394/04.

mos do artigo 45.º, n.º 4), neste caso, o tribunal poderá proceder à alteração dos trâmites, ordenando as diligências instrutórias que considere necessárias. E o mesmo acontece quando a modificação da instância resulta do facto de ter sido celebrado o contrato, devendo neste caso o tribunal ter acesso à prova deste novo facto, cabendo à Administração esse ónus. Enfim, sendo líquido que o tribunal pode conhecer de um objecto mais alargado do que o inicialmente previsto, e sendo assim possível que o juiz da urgência aplique poderes condenatórios a título de reparação por danos a par dos poderes de anular ou declarar nulo um contrato, a estrutura do processo é por ele próprio adaptada e determinada, em função desta nova configuração objectiva da instância, sendo que, em qualquer destas situações supervenientes, a situação de urgência deixa de existir e assim, não obstante o processo continuar a possuir natureza sumária, essa sumariedade decorre do carácter simplificado e abreviado que é determinado pelo legislador e pelo juiz.

Em segundo lugar, a conformação da atipicidade da estrutura do processo pré-contratual resulta do facto de o juiz poder, quando o considere aconselhável ao mais rápido esclarecimento da questão, optar pela realização de uma audiência pública que tanto versará sobre a matéria de facto como sobre a matéria de direito. Podendo a produção de prova ser realizada em audiência, se realmente as partes tiverem requerido a produção de prova, também nela serão discutidas as questões de facto, principalmente se elas forem de natureza complexa, sendo as alegações finais proferidas oralmente. Seguir-se-á a prolação de sentença. Configurada na lei como válvula de condensação e abreviação, a audiência pública pode traduzir-se num especial instrumento de abreviação e de aceleração, claro está, quer no que respeita ao apuramento da matéria de facto, por causa da imediação das provas, quer no que respeita à questão jurídica, pois, existe a condensação da discussão e do julgamento numa única fase. Para alcançar tal desiderato, a oralidade é um factor determinante, sendo igualmente determinante a informalidade — como veremos de seguida.

2.3. O processo de intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, previsto nos artigos 104.º e ss., concretiza fundamentalmente o primeiro tipo de modalidades de simplificação e abreviação. É assim, concretiza a técnica da determinação (legal) simplificada (muito simplificada, aliás) e abreviada (ou mesmo acelerada) do *modus procedendi*, uma vez que integra um número reduzido de articulados, resumindo-se à petição e contestação, um número reduzido de fases do processo e prevê o encurtamento de prazos, quer para a propositura da acção quer para a prática dos actos processuais. Assim, no que respeita aos pressupostos, estando muito próximo do processo dirigido à imposição de deveres à Administração, quer por esta

ter permanecido omissa, quer por ter respondido parcialmente à pretensão do interessado (nos termos do artigo 67.º), o processo relativo à intimação para obtenção de informação deve ser dirigido ao tribunal competente no prazo de vinte dias (artigo 105.º) (e não já no prazo de um mês, como era no regime anterior), a contar do decurso do prazo legalmente estabelecido, sem que a entidade requerida satisfaça o pedido que lhe foi dirigido, ou a contar do indeferimento do pedido ou a contar da satisfação parcial do pedido (nos termos do artigo 105.º). E, no que respeita ao *modus procedendi*, também próxima da acção administrativa comum quando esta visa a condenação da Administração na adopção de simples actuações ou actos que não sejam verdadeiramente administrativos, o processo de intimação para prestação de informações traduz, como menciona AROSO DE ALMEIDA, uma «espécie de acção administrativa comum urgente» (1947) e, por isso, este processo concretiza-se de forma simplificada, sendo a abreviação visível no encurtamento de prazos para apresentação de resposta e nas fases seguintes do processo. Esta deve ser apresentada em dez dias (artigo 107.º). Segue-se a decisão do juiz, até porque as questões apresentam-se normalmente pouco complexas e não há vulgarmente lugar a outras diligências. Só assim não será se o juiz decidir proceder a diligências complementares (1948).

2.4. O processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias é de todos os processos urgentes principais o que concretiza com mais intensidade as duas modalidades de simplificação e abreviação. É, de facto, um verdadeiro processo sumário, cuja natureza simplificada e abreviada tem na urgência a sua razão de ser. E assim, tal processo concretiza a técnica da determinação (legal) simplificada e abreviada (ou acelerada) do *modus procedendi*, uma vez que integra um número reduzido de articulados, um número reduzido de fases do processo e prevê o encurtamento de prazos para a prática dos actos processuais (2.4.1.). E integra ainda a possibilidade de a abreviação das fases do processo acontecer através da condensação em audiência oral, sendo que a «elasticidade» (1949), de que o legislador quis dotar este pro-

(1947) Vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., p. 282.

(1948) Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «A protecção...», cit., pp. 229 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., p. 278; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 533 ss.; SOFIA DAVID, *Das intimações...*, cit., pp. 55 ss.

(1949) Menciona a Exposição de Motivos do CPTA que este processo é «um instrumento que se procurou desenhar com uma grande elasticidade, que o juiz deverá dosear em função da intensidade da urgência, e que tanto poderá seguir os termos da acção administrativa especial, com os prazos reduzidos a metade, como, em situação de especial urgência, poderá conduzir a uma tomada de decisão em 48 horas, mediante audição das partes».

cesso, é doseada pelo juiz, cumprindo-lhe adaptar o *modus procedendi* do processo à complexidade das questões e à situação de urgência invocada ⁽¹⁹⁵⁰⁾. De qualquer modo, como escreve AROSO DE ALMEIDA, o legislador configurou um «modelo polivalente» ⁽¹⁹⁵¹⁾ (2.4.2.).

2.4.1. Assim, em primeiro lugar, cumpre notar que, quanto ao *modus procedendi* do processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, o legislador veio prever três ritos distintos, tendo em conta o carácter mais ou menos simples e mais ou menos abreviado do procedimento. E isto porque, no mais simples e mais abreviado, os prazos são ainda mais curtos e as fases em menor número. Vejamos, contudo, em primeiro lugar, o modelo menos simples e menos abreviado do *modus procedendi* do processo para tutela de direitos, liberdades e garantias, que se aplica quando a complexidade da matéria o justifique, designadamente pela eventual necessidade de fazer intervir no processo contra-interessados. Neste caso, menciona o artigo 110.º, n.º 3, que o processo segue a tramitação estabelecida para a acção administrativa especial, no capítulo III do Título III, sendo, nesse caso, os prazos reduzidos a metade. Já num outro modelo mais simples e mais abreviado do que este, que se pode dizer *modus procedendi* normal ou comum do processo para intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, que está consagrado nos artigos 109.º e 110.º, o processo pressupõe uma tramitação que começa com a apresentação do requerimento inicial, em duplicado, e a remessa do duplicado à entidade demandada para contestar no prazo de sete dias. Se a complexidade da matéria não justificar a adopção da tramitação mais lenta e cuidada supra indicada, o juiz pode ordenar as diligências que se mostrem adequadas, devendo decidir no prazo de cinco dias. E, enfim, há o modelo mais simples e mais abreviado do *modus procedendi* do processo para tutela de direitos, liberdades e garantias, sendo que pressupõe dois pressupostos: a especial urgência e a simplicidade das questões de facto e de direito. Assim, este processo sumaríssimo para tutela de direitos, liberdades e garantias é officiosamente seguido quando a petição permita reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível do direito, ou da garantia ou liberdade ameaçados. E, uma vez que a estrutura do processo não está determinada legalmente, cumpre ao juiz, em alternativa, seguir um de dois caminhos traçados na lei.

⁽¹⁹⁵⁰⁾ Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 265 e 266; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 283 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 546 ss.; SOFIA DAVID, *Das intimações...*, cit., pp. 107 ss.

⁽¹⁹⁵¹⁾ Vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., p. 286.

Assim, por um lado, o legislador permite-lhe seguir em parte os trâmites previstos para o *modus procedendi* normal deste processo, devendo ainda assim reduzir o prazo fixado no n.º 1 do artigo 110.º Ora, o encurtamento do prazo para a entidade demandada apresentar resposta, deixa de ser de sete dias para passar a ser um diferente, aquele que o juiz entenda adequado à urgência da ameaça a um dos direitos fundamentais alegados. Por outro lado, e em alternativa, o legislador autoriza o juiz a intensificar mais ainda a simplificação e a abreviação do *modus procedendi* normal, permitindo-lhe optar pela realização, no prazo de quarenta e oito horas, de uma audiência oral, no termo da qual decidirá de imediato, sendo que a audiência oral pode acontecer por qualquer meio de comunicação que se mostre adequado. Ora, percebe-se que, neste caso, o juiz escolhe a via e a estrutura do processo a seguir e determina a forma a observar. Por exemplo, o juiz pode em vez de ouvir o requerido em audiência proceder à sua audiência por qualquer meio de comunicação que se revele adequado, incluindo o telefone, por exemplo, ou o próprio correio electrónico (artigo 111.º, n.ºs 1 e 2) ⁽¹⁹⁵²⁾. Como se percebe, este último *modus procedendi* prima pela informalidade e pela extrema simplicidade.

2.4.2. Também a audiência oral, a realizar no prazo de 48 horas, constitui um remédio para agilizar o processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias (artigo 111.º, n.º 1) e para obter de imediato uma pronúncia definitiva, quando a petição permita reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível destes direitos. Vejamos em que termos a previsão da audiência pública e a opção pela sua realização pode traduzir a economia de tempo na tutela judicial de direitos fundamentais. Impõe-se dar um exemplo.

E o exemplo visa realçar a forma simplificada, informal e célere como, entre nós, tramitou o primeiro processo de intimação para tutela de direitos, liberdade e garantias. Claro está que o exemplo que vamos dar é, em parte, semelhante a um exemplo que já fizemos referência em outros textos, e que concerne à forma célere como o juiz do processo *référé* está habituado a decidir. Assim aconteceu em relação ao caso *M. Jean Tibéri*, um candidato à Câmara de Paris que, durante o período de campanha eleitoral se viu afastado dos debates televisivos, tendo o caso sido resolvido através de uma decisão de urgência (*ordonnance de référé*) emitida pelo *Conseil d'Etat*, num período de quarenta e oito horas ⁽¹⁹⁵³⁾. Como apontámos, a simplicidade, a oralidade e

⁽¹⁹⁵²⁾ Sobre este tema, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 287 e 28.

⁽¹⁹⁵³⁾ Seguimos em síntese, o exemplo já explicado no nosso *Dos novos processos urgentes...*, cit., pp. 92 ss. Neste caso, *M. Tibéri*, candidato preterido dos debates televisivos em plena

a realização de uma audiência pública, para a qual foram convocadas todas as partes interessadas, constituíram instrumentos economizadores do factor tempo, um elemento sempre tão escasso na realização da tutela judicial das pretensões de urgência relativas a direitos fundamentais dos particulares, mormente quando a situação de urgência decorre da ameaça iminente de lesão.

Embora no contexto de outra problemática, o mesmo se passou entre nós, logo após a entrada em vigor do CPTA, no verão de 2004, a propósito da intimação urgente para protecção de direitos, liberdades e garantias ⁽¹⁹⁵⁴⁾.

campanha eleitoral, solicitou ao juiz da urgência que intimasse o Conselho Superior de Audiovisual a dirigir uma intimação ao *Canal Plus* no sentido de este o acolher «no debate televisivo projectado, bem como alargasse o mesmo debate ao conjunto dos candidatos que [também encabeçavam] as listas representantes de todos os *arrondissements* de Paris, ou a desistir de tais debates...». E, com vista a decidir sobre o conflito existente entre liberdades fundamentais, a de pluralismo de expressão das correntes de pensamento e opinião, que obrigaria a respeitar a igualdade de oportunidades e o tratamento igual entre as diversas candidaturas, e a liberdade de comunicação audiovisual, defendidas tanto pelo *Canal Plus* como pelo Conselho Superior de Audiovisual, o juiz sabia que teria de ditar uma solução rápida para o diferendo, uma vez que os debates publicitados estavam agendados para breve. Impunha-se, pois, uma solução urgente para o conflito. E, logo após a entrada da petição (em envelope fechado com menção «référé»), na qual são mencionados os factos e os fundamentos que justificavam a urgência, e após troca de articulados iniciais («mémoires») entre as partes, o juiz da urgência, sem perder tempo, convocou a audiência pública, chamando para ela, e em plena conformidade com o princípio do contraditório, todas as partes interessadas envolvidas: *M. Tibéri*, o Conselho Superior de Audiovisual, a sociedade *Canal Plus* e os dois outros candidatos *M. Séguin* e *M. Delanoë*. E, como a urgência combina com simplicidade processual, com a oralidade e com um procedimento pouco solene, a audiência, com presença do público, decorreu em pleno fim-de-semana, no Sábado. O traje foi dispensado aos advogados, os quais puderam indistintamente usar de palavra, ficar sentados ou deambular pela sala. O juiz questionou uns, interrogou outros e exigiu precisões a todos e as partes discutiram opiniões e trocaram ideias entre si, com liberdade de tom. Enfim, decorridos 60 minutos, o presidente do tribunal, tendo escutado todos, considerando não haver necessidade de posterior produção de prova, informou as partes de que a prova estava produzida. A decisão seria emitida à noite. Enfim, daqui conclui-se que o juiz do «référé-liberté» foi procurado pelo *M. Tibéri*, numa quinta-feira, dia 22.02.2001, e, após, realizada a produção de prova adequada, decidiu em 24.02.2001, Sábado, ou seja 48 horas depois, e ainda em momento anterior ao «duelo» privilegiado entre os mais fortes candidatos, *MM. Delanoë* e *Séguin*. Em suma, o juiz ouviu com simplicidade e celeridade procedimentais todas as partes interessadas e ordenou a medida mais adequada ao caso concreto. Sobre este assunto, vd. B. MALIGNER, «Le juge du “référé liberté” et les débats télévisés lors des campagnes électorales», rfd, 17, 2001, pp. 629 ss.

⁽¹⁹⁵⁴⁾ Lembremos os factos: Quatro associações portuguesas tinham convidado a *Women on waves* a desenvolverem em Portugal certas iniciativas relativas à liberdade sexual e à despenalização do aborto. Uma vez que, para este efeito, seria necessária a utilização do navio *Born-diep*, aquelas associações solicitaram ao Instituto Portuário dos Transportes Marítimos do Centro a devida autorização para que a aquela embarcação pudesse entrar em águas portuguesas e pudesse atracar no porto da Figueira da Foz. Nesta sequência, o Presidente do Conselho de Administração daquele Instituto (IPTM), tendo tido conhecimento do conteúdo do Despacho do Secre-

Tratou-se da vinda ao nosso país da associação *Women on waves* e da proibição governamental de entrada do *Borndiep* em águas nacionais e da não autorização de acostagem em porto português. Tendo em conta que a situação de especial urgência invocada assentaria no facto de o *Borndiep* ter sido fretado por um período de uma semana, de 30 de Agosto até ao dia 12 de Setembro, para servir de palco a uma iniciativa de promoção do debate e esclarecimento sobre saúde sexual e reprodutiva, e uma vez que o mesmo deveria impreterivelmente regressar à Holanda no final da semana, devendo ser entregue ao armador em 17 de Setembro, o tribunal optou pelo *modus procedendi* mais simplificado e abreviado do processo de intimação, tendo decidido que estariam preenchidos os pressupostos previstos no artigo 111.º, n.º 1, para a realização de uma audiência pública — como, aliás, tinha sido requerida pelo autor. A petição entrou no dia 1 de Setembro, quarta-feira, e foi acompanhada de prova documental. Seguiu-se a emissão do despacho do juiz em 3 de Setembro, pelas 16,30 h, no qual o juiz, tendo declarado que a petição inicial revelara liminarmente a eventualidade de lesão iminente e irreversível de direitos, liberdades e garantias, designadamente o direito de reunião, de manifestação, de livre circulação e informação, aceitou o pedido do autor quanto à realização da audiência oral, tendo designado o dia 6 de Setembro, pelas 10,30 horas, para a realização da mesma. O despacho foi de imediato notificado às partes, via fax.

A audiência oral decorreu no dia 6 de Setembro, pelas 10 hora e 30 minutos, e, como consta da acta, todas as partes estiveram presentes e se fizeram acompanhar pelos seus mandatários, os quais começaram por juntar elementos em falta, designadamente documentos. O mandatário de uma das partes procedeu à junção de um documento intitulado «Tópicos para a audiência oral», que «não seria uma resposta formal ao articulado inicial, uma vez que o curtíssimo espaço de tempo que mediou entre a notificação para a audiência e a realiza-

tário de Estado dos Assuntos do Mar, através do qual proibia a passagem do *Borndiep* pelo mar territorial português, proibiu a sua atracagem no Porto da Figueira da Foz. Neste contexto, e porque a *Women on waves* apenas poderiam dispor daquele navio por um período de dez dias, as promotoras da vinda do navio *Borndiep* a Portugal apresentaram no TAF de Coimbra o pedido de intimação urgente para protecção de direitos liberdades e garantias, tendo invocado a extrema urgência na resolução do caso. E assim, dirigiram contra o Ministério da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar e o Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos aquela intimação urgente, tendo invocado a violação de diversos direitos e liberdades fundamentais, designadamente da liberdade de expressão, dos direitos de informação, associação, manifestação e reunião e do direito de livre circulação. Na verdade, para as promotoras de tal iniciativa, a violação daqueles direitos resultaria directamente da proibição de entrada do navio no mar territorial português e de proibição de o navio atracar no porto da Figueira da Foz. Sobre este caso, vd. WLADIMIR BRITO, «Caso *Women on Waves...*», cit., pp. 177 ss.

ção da mesma não permitiu um tal resposta, mas sim, um guião de argumentação oral a expandir». A audiência destinar-se-ia a ouvir o requerente e os requeridos, bem como à discussão da matéria de facto. Neste contexto, e procedendo-se à discussão da matéria de facto, o mandatário dos requeridos requereu a junção de documentos, mormente de documentos de natureza jornalística sobre o tipo de actividades desenvolvidas pela Associação *Women on waves*, com vista a demonstrar sumariamente que a «real intenção dos requerentes [seria] a de proceder à realização de abortos no alto mar, através de um método abortivo assente na utilização cumulativa de vários medicamentos, sendo que tal actividade seria, no seu entender, proibida e punível com o ilícito penal». O mandatário das requerentes opôs-se à admissibilidade de tais documentos. E coube ao juiz decidir, tendo admitindo apenas alguns deles.

No decorrer dos trabalhos de diligências, o mandatário dos requeridos requereu a junção de documentos e a inquirição de três testemunhas, todas entidades especialistas em áreas da saúde, sector médico-obstetrícia, ginecologia e psiquiatria, para a prova de alguns dos factos alegados relacionados com a «real intenção dos requerentes», sendo que esta seria a de proceder à realização de abortos no alto mar através de um método abortivo assente na utilização cumulativa de vários medicamentos, tendo o juiz admitido apenas a produção da prova testemunhal, referente aos dois primeiros especialistas e rejeitado alguns dos documentos cuja junção se requereu para a prova dos mesmos factos. E, nesta continuidade, o mesmo mandatário requereu a junção de mais documentos para fazer prova de que a entrada do navio causaria perturbação da ordem e segurança pública, em virtude da existência de movimentos cívicos antagónicos em torno da questão do aborto, tendo o juiz admitido a junção apenas de alguns. Porque já eram 13 horas e 30 minutos, a audiência foi suspensa, tendo sido retomada às 14 horas e 15 minutos, tendo a mesma sido retomada, na verdade, às 14 hora e 20 minutos. Procedeu-se de imediato à inquirição das testemunhas requeridas pelos mandatários, primeiro as requeridas pelo mandatário dos requeridos e depois para contra-prova, as requeridas pelo mandatário dos requerentes, tendo sido observada a praxe normal, designadamente de prestação de juramento legal.

No prosseguimento dos trabalhos da diligência, os mandatários procederam às alegações finais, findas as quais, e dada a complexidade da decisão, o juiz interrompeu a audiência até às 22 horas, momento em que o juiz proferiu a sentença. A audiência foi encerrada pelas 23 horas e 30 minutos, tendo o juiz decidido indeferir o pedido dos requerentes uma vez que não ficou provada a ameaça ou a iminência da violação de tais direitos fundamentais, de circulação, expressão, reunião ou informação. Na verdade, mencionou o despacho que para o deferimento do pedido, cumpriria aos requerentes provar que a prática da conduta omitida se revelaria indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil,

dos direitos fundamentais invocados, o que pressuporia que haveria direitos cujo exercício estaria a ser ilegalmente limitado ou impedido ou na iminência de o ser. O que, segundo o que ficou registado na sentença de 06.09.2004, não se provou no processo (n.º 496/04.1.3BECER).

A partir deste exemplo, pode concluir-se que o *modus procedendi* do processo urgente combina com a sumariedade e esta com a audiência oral das partes, sendo que cabe ao *sujeito-jurisdicional-da-urgência* exercer um papel determinante na gestão dos trâmites processuais, uma vez que assegura que o processo tenha uma menor duração, «la durée» adequada à urgência. Além disso, em matéria de recursos, a solução acolhida na lei processual também combina com a sumariedade da primeira fase processual. As decisões de improcedência são sempre recorríveis, independentemente do valor da causa, e os recursos que versam sobre as decisões que as proferem têm efeito meramente devolutivo.

3. A simplificação e a abreviação do *modus procedendi* nos processos urgentes cautelares

Também o processo cautelar comum é um processo sumário. E assim é porque o CPTA prevê um processo mais simplificado ainda do que aquele que estudámos há pouco. Aliás, o processo cautelar é ainda mais flexível, podendo o seu *modus procedendi* desdobrar-se em diversas configurações comuns, para além das configurações especiais de matriz administrativa ou de natureza civil. Como se apontou, o processo cautelar comum, que desemboca na emissão de uma providência cautelar não especificada, apresenta três dimensões ou três configurações, a saber: uma configuração regra, a do processo cautelar comum-regra, cuja disciplina está disposta nos artigos 112.º e ss., e duas configurações comuns especiais, uma que está prevista no artigo 131.º e é apta para desembocar no decretamento provisório de qualquer providência cautelar não especificada, e outra que está configurada no artigo 121.º e é apta para desembocar na antecipação do juízo de fundo de qualquer processo principal, sendo que estas duas últimas variações podem combinar-se com todos os processos principais, com excepção do processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias.

Ora, a disciplina que versa sobre o processo cautelar comum, prevê sempre, e independentemente de qual seja a sua configuração especial, um *modus procedendi* muito simplificado, quando comparado com o do processo que tem por objecto pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de actos administrativos e normas, sendo que esta simplificação decorre imediatamente por determinação legal. E esta traduz-se fundamentalmente no número reduzido de articulados, que inclui apenas a petição inicial e a contestação, no número reduzido de fases do processo e no encurtamento de prazos para a prá-

tica dos actos processuais (3.1.). A sumariedade do processo cautelar-comum acentua-se na modalidade consagrada no artigo 131.º do CPTA (3.1.1.). E, de igual modo, o processo sumário cautelar desdobra-se ainda na possibilidade de o juiz, ouvidas as partes pelo prazo de dez dias, adaptar e transformar — *convolvando* — o processo sumário cautelar em processo sumário não cautelar, isto é, num processo destituído da característica da instrumentalidade, de modo a proferir a antecipação do juízo sobre a causa principal (1955) (3.1.2.).

E, depois, traduz-se igualmente nas particularidades de abreviação que decorrem do exercício do poder que a lei entrega ao juiz para concretizar no caso concreto a estrutura do processo. A concretização da estrutura e a escolha das formas procedimentais é fundamentalmente entregue ao juiz em processos cautelares especiais, *maxime*, no processo cautelar de suspensão da eficácia do acto e no processo cautelar comum que é apto para proceder ao decretamento provisório de qualquer providência cautelar. Aliás, nesta modalidade do processo cautelar, a simplificação mais significativa resulta, sem dúvida alguma, do exercício dos poderes conformadores do juiz cautelar (3.2.). Cumpre, contudo, notar que a par destes processos sumários urgentes, o Título VI do CPTA inclui um processo sumário para resolução de conflitos de competência entre tribunais da jurisdição administrativa e fiscal e para resolução de conflitos de atribuições entre órgãos de diferentes pessoas colectivas públicas, *ex vi* do artigo 42.º, n.º 2, alínea *a*), do Código de Procedimento Administrativo e artigo 135.º do CPTA (3.3.).

3.1. Vejamos, em primeiro lugar, a configuração do *processo cautelar comum-regra*, cuja configuração está prevista nos artigos 112.º e ss. Ele inicia-se com o requerimento inicial, que é acompanhado de prova sumária da existência dos fundamentos do pedido, e prova sumária significa toda a prova documental pertinente. Segue-se o despacho liminar de admissão ou rejeição do requerimento, com possibilidade de correcção do requerimento inicial (nos termos do artigo 116.º). A citação da entidade requerida e dos contra-interessados (se os houver) para deduzirem oposição acontece em simultâneo,

(1955) Sobre o processo cautelar, em geral, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «Tutela cautelar...», cit., pp. 45 ss.; CARLA AMADO GOMES, «O regresso de Ulisses...», cit., pp. 3 ss.; TIAGO AMORIM, «Apontamentos...», cit., pp. 415 ss.; MARIA FERNANDA MAÇÃS, «As formas de tutela urgente...», cit., pp. 41 ss.; D. FREITAS DO AMARAL, «As providências cautelares...», cit., pp. 4 ss.; PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, «As realidades...», cit., pp. 3 ss.; ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit., pp. 331 ss.; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 325 ss., esp. pp. 345 e 349, 350 e 351; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 290 ss., esp. pp. 323 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 551 ss.; MIGUEL PRATA ROQUE, *Reflexões sobre...*, cit., pp. 31 ss.

devido esta acontecer no prazo de dez dias, sendo que nas suas contestações, a entidade requerida e os contra-interessados podem — *rectius*, devem — apresentar meios de prova ou solicitar a produção de provas. Segue-se a realização de diligências de prova, que são ordenadas pelo juiz, quando consideradas necessárias e a produção de prova requerida, designadamente testemunhal. E, finalmente, é proferida a providência cautelar.

Neste contexto, cumpre notar que, sendo processos especiais, cujo *modus procedendi* é especialmente determinado pelo legislador como simplificação e abreviação, tal tipo de processos tem uma estrutura pré-definida e deve seguir exactamente a tramitação pré-estabelecida no seu regime especial, não devendo aplicar-se o regime sobre a estrutura e a tramitação dos processos ordinários, *maxime* as normas que dispõem sobre a tramitação da AAE. E, invocando MANUEL DE ANDRADE, mais uma vez se afirma que existe um «princípio geral quanto ao domínio de aplicação dos processos especiais, nos termos do qual, as respectivas normas, sendo de natureza excepcional, não consentem extensão analógica, mas só interpretação extensiva»⁽¹⁹⁵⁶⁾, que entre nós está consagrado nos artigos 35.º e 36.º Assim, não devendo aplicar-se ao processo cautelar as normas constantes daquele regime, a não ser quando e nas condições em que o legislador expressamente determina, temos para nós que o *modus procedendi* do processo cautelar se rege pelas normas constantes dos artigos 112.º e ss. E, deste regime, aquilo que sobressai, quando comparado como aquele outro regime ordinário, é a simplificação e a aceleração procedimentais. Neste contexto, cumpre reconhecer que no processo cautelar só existem dois articulados e, por isso mesmo, não existe o dever de remessa do processo administrativo nos processos cautelares, nem existe o dever de impugnação das excepções invocadas na contestação e das posições constantes dos documentos com elas juntos. E, como a prova documental deve ser apresentada com os articulados, não há a possibilidade de junção tardia de documentos. Tal como não é possível promover a intervenção principal provocada de terceiros (contra-interessados). Tais actos, a serem aceites pelos juízes — que é o que parece que acontece com frequência — deverão ser considerados nulos, nos termos do artigo 201.º do CPC, *ex vi* artigo 1.º do CPTA, já que não são admitidos pela lei, antes a contrariam, e podem influir seriamente no exame da causa e na sua decisão, afectando a validade subsequente de todo o processo⁽¹⁹⁵⁷⁾.

Assim, estando previsto como processo especial, e tendo o legislador optado por nele concretizar as modalidades de sumariedade procedimental,

⁽¹⁹⁵⁶⁾ Sobre este assunto, vd. MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares...*, cit., p. 69.

⁽¹⁹⁵⁷⁾ Exactamente neste sentido, TERESA MELO RIBEIRO, «O risco de os processos cautelares se transformarem em processos principais: alguns exemplos práticos», CJA, 52, 2005, p. 4.

atendendo a razões de simplificação e abreviação, cumpre notar que a estrutura do processo cautelar tem uma configuração pré-determinada legalmente, sendo que, quanto à fase dos articulados, esta surge bastante abreviada. E, com efeito, apenas se admitindo a petição inicial e a contestação, não se vê como pode aceitar-se a apresentação de um articulado superveniente e a apresentação de documentos em qualquer outro momento do processo. Assim, enquanto que no modelo regra ou ordinário é admissível a apresentação de articulados supervenientes e o exercício do contraditório em pleno (nos termos do artigo 86.º do CPTA), neste modelo especial não é possível apresentar articulados supervenientes, uma vez que não está contemplado no regime previsto nos artigos 112.º e ss. E, assim, percebe-se que um outro articulado seria incompatível com as disposições especiais existentes e com os valores de simplificação e de abreviação, tão desejados, por razões de urgência, pelo legislador. E, não obstante os tribunais administrativos terem vindo a admitir, ao abrigo do princípio do contraditório, que o requerente da providência cautelar se pronuncie sobre as excepções deduzidas na contestação apresentada pela entidade administrativa requerida e sobre os documentos juntos com a mesma, a verdade é que tal prática está em desconformidade com o modelo especial, traçado para o processo cautelar comum, nos artigos 112.º e ss. do CPTA. E se esta pronúncia não é legalmente compatível com modelo cautelar traçado no CPC, nos termos dos artigos 381.º e ss., especialmente nos artigos 384.º e 385.º, onde se prevê a petição e a contestação, ele é ainda mais incompatível com a disciplina que se aplica ao processo cautelar comum previsto no CPTA ⁽¹⁹⁵⁸⁾. Na verdade, ao contrário do que acontece com o modelo regra ou ordinário (nos termos dos artigos 86.º e 87.º, n.º 1, alínea *a*), do CPTA), neste modelo especial está, de todo em todo, afastada a possibilidade de serem apresentados articulados supervenientes, uma vez que este tipo de peça é absolutamente incompatível com a urgência processual que está subjacente à previsão legal do processo e à utilização que dele faz o requerente.

É por isto também que se pensa que não é de admitir que as entidades administrativas tenham o dever de remeter ao tribunal todo o processo administrativo, uma vez que, nesse caso, ao abrigo do princípio do contraditório, também seria de admitir que o requerente da providência cautelar viesse novamente, em novo articulado, manifestar a sua opinião sobre aspectos do processo administrativo, o que não é de todo possível, porque o modelo especial sumário cautelar tem apenas previstas duas peças processuais. E, na verdade, entendemos que o regime especial configurado para o processo cautelar comum consagra uma excepção ao artigo 84.º CPTA, não impondo a obrigaçãõ de a

⁽¹⁹⁵⁸⁾ Também exactamente neste sentido, TERESA MELO RIBEIRO, «O risco...», cit., p. 5.

entidade administrativa remeter para o tribunal o processo administrativo e demais documentos respeitantes à matéria do litígio de que aquela seja detentora, uma vez que esta obrigação não existe neste processo. E, temos para nós, que tal obrigação não existe, nem nos termos do n.º 3 do artigo 8.º CPTA, nem nos termos dos artigos 117.º e 118.º, n.º 2, do CPTA. E, não obstante tal envio do *processo administrativo* ser possível, principalmente a pedido do tribunal, nos casos em que tal se justifique por o tribunal considerar oficiosamente que a sua junção é necessária, *maxime*, nos termos do artigo 121.º, julgamos que a configuração desta possibilidade como sendo uma obrigação da entidade requerida seria contrária ao regime especial estabelecido. E mais uma vez se considera que no processo cautelar só há duas peças processuais, sendo que, não havendo lugar à apresentação de mais peças, designadamente, de um articulado superveniente, seria contrário ao princípio do contraditório exigir a apresentação do processo e não permitir a contraditoriedade em relação ao mesmo e a elementos juntos com o mesmo. E, de igual modo, porque se admite que o processo cautelar configure um desvio significativo ao princípio do contraditório, como veremos mais adiante, somos da opinião que, por esta mesma razão, não deve aceitar-se a junção tardia de novos documentos. Enfim, se há uma situação em que pode transformar-se o processo cautelar em processo principal, não se encontra razões para acolher esta exceção como regra e, pelo contrário, há razões para afastar o risco que se teme de os processos cautelares se transformarem em processos principais — como escreve TERESA MELO RIBEIRO (1959).

E, continuando o mesmo raciocínio, cumpre notar que, como a estrutura do processo cautelar está pré-determinado pelo legislador, este modelo também configura uma exceção perante as disposições legais que no modelo ordinário permitem a intervenção principal provocada de terceiros. De facto, contra o que já foi admitido pelos tribunais administrativos (1960), deve notar-se que o modelo cautelar não comporta o incidente de intervenção de terceiros como forma de corrigir ou regularizar o requerimento inicial. Não obstante o CPC se aplicar supletivamente ao processo administrativo, com as devidas adaptações, e não obstante a lei processual civil permitir o incidente de intervenção de terceiros, esta possibilidade não deve ser aplicada ao processo cautelar. E isto porque o modelo especial consagrado nos artigos 112.º e ss. do CPTA prevê expressamente a forma de citação e de oposição dos contra-interessados. Fá-lo no artigo 114.º, n.º 3, alínea *d*), quando menciona que o

(1959) A este propósito, vd. o texto de TERESA MELO RIBEIRO («O risco...», cit., pp. 3 a 7), onde a autora apresenta uma série de exemplos práticos concretizadores desse risco.

(1960) Neste sentido, TERESA MELO RIBEIRO, «O risco...», cit., p. 6.

requerente deve identificar os contra-interessados a quem a adopção da providência possa directamente prejudicar e fá-lo no artigo 115.º, quando estabelece os termos a seguir por o interessado não conhecer a identidade e a residência dos contra-interessados e fá-lo nos artigos 116.º e 117.º sobre a regularização do requerimento inicial, nomeadamente por falta de indicação dos contra-interessados a quem a adopção da providência cautelar possa directamente prejudicar (artigos 114.º, n.º 4, e 116.º, n.º 2, alínea *a*), do CPTA). Com efeito, de acordo com a alínea *d*) do n.º 3 do artigo 114.º do CPTA, o requerente deve identificar no requerimento inicial não só a entidade requerida como também deve identificar os contra-interessados a quem a adopção da providência cautelar possa directamente prejudicar, sendo que na falta da indicação destes, o interessado é notificado para suprir a falta. Não sendo suprida a falta, o CPTA determina que o requerimento deve ser rejeitado por despacho liminar (artigo 116.º, n.º 2, alínea *a*), do CPTA) ⁽¹⁹⁶¹⁾.

Conclui-se, pois, que o modelo especial traçado para o decretamento das providências cautelares contém regras específicas quanto à obrigação de o requerente identificar os contra-interessados, sendo que estas dispõem sobre o momento e a forma de regularização do requerimento e regem quanto à falta de cumprimento dessa regularização. Pelo que somos da opinião de que a citação tardia dos contra-interessados, e, por isso, o recurso pelo requerente ao incidente de intervenção de terceiros, nas hipóteses de litisconsórcio voluntário, não tem lugar no processo cautelar comum, nem mesmo em caso de erro desculpável, já que o princípio da celeridade, enquanto princípio caracterizador da sumariedade procedimental e da tramitação urgente, se sobrepõe ao princípio *pro actione* ⁽¹⁹⁶²⁾.

3.1.1. O *modus procedendi* do processo cautelar comum sofre ainda mais simplificação quando desemboca no decretamento provisório de uma providência cautelar ⁽¹⁹⁶³⁾. Assim, nos termos do artigo 131.º, este processo

⁽¹⁹⁶¹⁾ Justificando com o carácter sumário e de urgência, o TCA-S (acórdão de 12.04.2007, processo n.º 2344/07) veio reconhecer a possibilidade de indeferimento do incidente de intervenção de terceiros nas hipóteses de litisconsórcio voluntário, tendo assim decidido num processo de suspensão de eficácia de um acto pré-contratual.

⁽¹⁹⁶²⁾ Cfr., a este propósito, TERESA MELO RIBEIRO («O risco...», cit., p. 7). A autora aceita que a regularização do requerimento inicial possa fazer-se através do incidente de intervenção de terceiros. Contudo, para a autora, «quando se aceite que este mecanismo possa ser utilizado como forma de corrigir ou regularizar o requerimento inicial, ainda assim essa intervenção, quando pedida pelo requerente de uma providência cautelar, só deverá (...) ser deferida em caso de existência de um erro desculpável».

⁽¹⁹⁶³⁾ Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 350 e 351; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 323 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 659 ss.

cautelar assume-se como sumaríssimo na medida em que o legislador optou pela técnica da inversão do contencioso (ou técnica do processo de cognição unilateral), concretizando um procedimento *inaudita altera parte*, com a consequente previsão de uma exceção ou derrogação ao princípio do pleno contraditório. Para além deste aspecto, o artigo 131.º consagra um regime que difere o mais possível do regime traçado para o processo previsto nos artigos 46.º e ss., sendo que, em comparação com o regime previsto no capítulo III do Título III, a simplificação e a abreviação é levada ao extremo nesta modalidade do processo comum cautelar. Em abono da verdade, por razões de especial urgência, este processo assume-se como um verdadeiro processo sumaríssimo.

Assim, o processo sumaríssimo cautelar concretiza diversas modalidades de sumariedade procedimental, para além daquela de que já falámos. E, assim, constitui um regime especial que é determinado fundamentalmente por uma especial urgência, designadamente, por estar em causa a possibilidade de lesão iminente e irreversível de direitos, liberdades e garantias ou simplesmente por a situação de carência de tutela judicial se configurar como uma *situação-de-especial-urgência-atípica* ou por ser relativa a um tipo de *periculum in mora* qualificado pela iminência da lesão. Entre outros aspectos previstos no artigo 131.º do CPTA, destacam-se os seguintes pontos: o decretamento provisório da providência acontece em 48 horas; o requerimento inicial deve especificar, de forma articulada, os fundamentos do pedido, oferecendo prova sumária da respectiva existência, incluindo a prova documental pertinente; depois de distribuído, o processo é concluso ao juiz ou relator com maior urgência (artigo 131.º, n.º 2); o juiz ou relator deve colher apenas os elementos a que tenha acesso imediato e dispensar quaisquer outras formalidades ou diligências; surge, de imediato, o decretamento provisório da providência. Contudo, se as circunstâncias o exigirem, deve o juiz ou relator proceder à audição do requerido antes do decretamento, podendo fazê-lo por qualquer meio de comunicação que se revele adequado. Não se admite qualquer tipo de impugnação. Surge a notificação urgente da decisão às entidades que a devem cumprir. Posteriormente, é dado um prazo de cinco dias às partes para que estas se pronunciem sobre a possibilidade do levantamento, manutenção ou alteração da providência, devendo, então, ser emitida a decisão cautelar que produzirá efeitos até final do processo principal, no prazo de cinco dias.

3.1.2. Depois, há ainda uma outra configuração que o processo cautelar comum pode apresentar, sendo, pois, uma configuração excepcional que se justifica para que haja a antecipação do juízo de mérito para a causa principal. Em primeiro lugar, cumpre notar que este processo continua a ser classificado como processo sumário, não obstante desembocar na emissão de sentença de mérito. E assim é porque o seu *modus procedendi* surge legalmente

determinado e este é distinto, mais simplificado e mais abreviado do que o *modus procedendi* do processo previsto no capítulo III do Título III. Ora, tal simplificação decorre desde logo da concretização da técnica da determinação (legal) simplificada e abreviada (ou acelerada) do *modus procedendi*, uma vez que tal tramitação segue os termos do processo sumário cautelar, previstos nos artigos 112.º e ss. e decorre igualmente da outra técnica, da que permite que seja o tribunal a determinar a estrutura pontual do processo. E, no que a este aspecto respeita, cumpre notar, em segundo lugar, que a possibilidade de o *modus procedendi* surgir adaptada e transformada resulta da iniciativa do próprio tribunal, por este entender que, à luz de todos os elementos de que dispõe e verificando-se os pressupostos previstos na lei, estão preenchidos os requisitos que lhe permitem avançar para a prolação da decisão de fundo. Assim, quanto a estes pressupostos, eles são dois, a saber: o primeiro, prende-se com a manifesta urgência na resolução do caso e o segundo com o exercício do contraditório. O primeiro pressuposto atende a duas razões e considera-se preenchido se duas situações se verificarem. E assim, atende à razão de a situação carente de tutela judicial não se compadecer com a adoção de uma simples providência cautelar (que seja provisória) e justifica-se por a instrução e a produção de prova se considerarem suficientemente esgotadas para o efeito. O segundo, de natureza eminentemente processual, prende-se com a realização do contraditório sobre a possibilidade da antecipação da decisão de mérito. Com efeito, o tribunal deverá ouvir as partes pelo prazo de dez dias sobre a decisão de antecipar a causa, sendo esta passível de impugnação nos termos gerais. De qualquer modo, quis o legislador que este *modus procedendi* tenda para a emissão de uma decisão de fundo, prevendo, pois, *a priori*, a anulação do nexo de acessoriedade-instrumentalidade do processo cautelar perante o processo principal, dando, assim, origem a um processo sumário urgente atípico autónomo.

3.2. Os processos cautelares especiais regem-se pelas disposições que se aplicam ao processo cautelar *comum-regra* e também se regem por disposições particulares. De qualquer modo, estes processos cautelares são todos eles sumários, enquanto processos simplificados e abreviados por determinação legal. Por exemplo, o processo cautelar previsto no artigo 128.º do CPTA, que se destina a desembocar na providência de suspensão da eficácia de um acto administrativo, concretiza, de igual modo, um processo sumário cautelar, sendo que, por um lado, encerra particularidades semelhantes às concretizadas no processo cautelar sumaríssimo para decretamento provisório de uma providência cautelar, e, por outro lado, apresenta momentos próprios, que são disciplinados especialmente no CPTA, sendo que, em todo o caso, tal *modus procedendi* é configurado com abreviação e simplificação em face daquele que está tra-

çado no capítulo III do Título III, para o processo que segue a *forma-geral* de AAE. Enfim, no primeiro caso, a semelhança resulta do efeito suspensivo automático que o recebimento do duplicado do requerimento do pedido de suspensão de eficácia produz, nos termos do artigo 128.º, n.º 1, sendo certo que, no segundo momento, a semelhança advém fundamentalmente da invocação, mediante resolução fundamentada da existência de interesse público na imediata execução do acto (e posterior apreciação das consequências decorrentes da apresentação desta resolução ou da não apresentação desta resolução, seguida de execução indevida de acto cuja eficácia deveria ter sido suspensa) (3.2.1.). E o processo para produção antecipada de prova, previsto no artigo 134.º do CPTA é igualmente um processo sumário (3.2.2.).

3.2.1. Também o processo cautelar especificado previsto no artigo 128.º do CPTA consagra, por maioria de razão, modalidades de sumariedade procedimental. E, de facto, tal resulta desde logo do facto de este processo cautelar ser disciplinado por disposições particulares no que se refere tanto ao seu *modus procedendi* como aos seus pressupostos. E as particularidades deste processo sumário cautelar decorrem, desde logo, da sua tramitação inicial, daquela que ainda é relativa à fase dos articulados, e aos efeitos e ao conteúdo das peças introdutórias. Assim, este processo cautelar especificado, previsto no artigo 128.º, que se destina a desembocar na providência de suspensão da eficácia de um acto administrativo, concretiza de certo modo uma modalidade especial de decretamento provisório da providência (conservatória) especificada requerida. Na verdade, e de modo semelhante ao que se passa no processo cautelar sumaríssimo para decretamento provisório de uma providência cautelar, o juiz, ainda antes de decidir sobre a questão da suspensão da eficácia de um acto administrativo até que seja proferida a decisão no processo principal, terá de se pronunciar sobre a questão da suspensão imediata da eficácia do acto até que seja proferida a decisão no próprio processo cautelar. Assim, como se percebe, esta decisão *interlocutória* que versa sobre a imediata suspensão da eficácia do acto e sobre a necessidade da execução imediata do acto impõe um *procedimento prévio* de apreciação antecipada dos interesses públicos e privados envolvidos. E temos para nós que a grande diferença que separa estas modalidades de decretamento provisório, a prevista para todas as situações de especial urgência, no artigo 131.º, e aquela prevista no artigo 128.º, para a suspensão da eficácia do acto administrativo, assenta apenas no facto de esta última acontecer sempre por determinação da lei e não a pedido de uma das partes ou por decisão do juiz, em termos que o decretamento da providência cautelar tipificada requerida, a suspensão da eficácia do acto administrativo, surge automaticamente, cabendo à parte requerida tomar diligências no sentido de obstar ao decretamento provisório automático da providência cautelar tipi-

ficada requerida, bastando então justificar o levantamento do efeito suspensivo automático.

Enfim, o efeito suspensivo automático da eficácia do acto administrativo até final do processo cautelar resulta, pois, no momento em que a entidade requerida recebe o duplicado do requerimento apresentado pelo autor a solicitar a suspensão de eficácia do acto, nos termos do artigo 128.º, n.º 1. E cabe, de facto, àquele apresentar fundamentos que afastem aquele efeito suspensivo automático. E para o efeito, a entidade demandada, que está impedida de iniciar ou prosseguir a execução, nos termos do artigo 128.º, n.os 1 e 2, deve vir, no prazo de quinze dias, reconhecer em resolução fundamentada que o diferimento da execução do acto será «gravemente prejudicial para o interesse público». E cabe ao tribunal julgar se as razões apresentadas pela entidade requerida, com vista a obstar ao decretamento provisório da suspensão da eficácia do acto, são ou não procedentes, tendo em conta os diversos interesses particulares e públicos envolvidos. Cumpre, aliás, notar que lamentavelmente a lei processual administrativa não especifica, de modo especial e particular, de que pressupostos depende a avaliação pelo tribunal dos fundamentos de interesse público invocados pela entidade em causa para proceder à imediata execução do acto. Temos para nós que os pressupostos de que depende a apreciação das razões apresentadas pela entidade pública na resolução fundamentada são exactamente os previstos no artigo 120.º do CPTA, mormente, os especificados no artigo 120.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, e, no que respeita a este último tipo de situação, cumprirá ter em conta a ponderação de interesses estabelecida no n.º 2 do mesmo artigo. Somos da opinião, pois, de que neste momento antecipado do processo de suspensão da eficácia do acto, o juiz deve tomar em conta que a sua decisão provisória de indeferimento do pedido de suspensão da eficácia do acto até final do próprio processo cautelar é susceptível de anular a utilidade do próprio processo cautelar (quanto mais da sentença final), uma vez que da sua decisão provisória pode decorrer imediatamente a produção de uma situação de facto consumado. Aliás, temos para nós que deve ser cumprido o pleno contraditório nesta primeira fase da apreciação da resolução fundamentada sobre o interesse público na imediata execução do acto, em termos que ambas a partes, e não apenas a entidade demandada, devem poder pronunciar-se sobre a possibilidade de *levantamento ou manutenção* do efeito suspensivo automático da suspensão da eficácia do acto. A sumariedade do processo de suspensão da eficácia do acto também se manifesta no processo em que se aprecia a questão da apreciação da execução indevida, por não ter sido apresentada resolução fundamentada ou por o tribunal a não ter aceite, sendo que dão lugar a um incidente, que é processado nos autos do processo cautelar de suspensão da eficácia.

3.2.2. Também o processo para produção antecipada de prova, previsto no artigo 134.º do CPTA, concretiza algumas das modalidades da sumariiedade procedimental. Ele está previsto no Título V do CPTA, referente aos processos cautelares. Contudo, no que respeita à estrutura e função, ele assemelha-se mais aos processos urgentes autónomos, mais propriamente da intimação para prestação de informações, sendo que este processo se enquadra no contexto das diligências de prova. Tem, sem dúvida alguma, especificidades funcionais próprias e tem características distintas das que apresentam os demais processos cautelares. De facto, não obstante ser um processo que tramita apensado ao processo principal, a instrumentalidade daquele ao primeiro é muito ténue, uma vez que atende a uma *situação-de-urgência-típica*, relativamente autónoma. Pressupõe-se, nestes casos, que há uma situação de urgência na produção de certa modalidade de prova, por não ser possível aguardar pelo momento legalmente determinado para a produzir. Tal urgência na produção de prova é, pois, incompatível com a espera do momento adequado para a realizar. Com efeito, este processo especial visa precisamente obviar ao risco da espera pelo momento certo para proceder à produção de certo meio de prova que provavelmente não pode vir a ser (ou muito dificilmente pode vir a ser) produzido posteriormente, naquele que seria o momento legalmente certo. A *situação-de-urgência*, que deve ser justificada sumariamente, corresponde ao «justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de prova pericial ou por inspecção». E, a par do dever de justificar sumariamente a necessidade da antecipação de prova, também deve justificar-se (indicando) o pedido e os fundamentos da causa a propor.

Este é um processo simplificado legalmente: inicia-se com o requerimento, que deve apresentar-se com tantos duplicados quantas as pessoas a citar ou a notificar. Nele o seu autor deve justificar sumariamente a necessidade da antecipação de prova e mencionar com precisão os factos sobre os quais deve recair a prova e as modalidades de prova a produzir e a pessoas ou o órgão em relação aos quais se pretende fazer uso da prova, bem como deve indicar, com a possível concretização, o pedido e os fundamentos da causa a propor. Proceder-se de seguida à notificação da pessoa ou dos órgãos em relação aos quais se pretende fazer uso da prova para intervirem nos actos probatórios ou para poderem opor-se à realização da mesma, sendo-lhes dado um prazo de três dias para este efeito. Em caso de especial urgência na produção de alguma prova, quando a notificação não possa ser feita a tempo de, com grande probabilidade, se realizar a diligência requerida, é possível proceder à produção da mesma sem que aquelas entidades participem nela, devendo, logo de seguida, dar-se conta às entidades em causa da realização destes actos instrutórios, sendo, contudo, possível que estas requeiram, no prazo de sete dias, a repetição da mesma diligência.

3.3. Cumpre, contudo, notar que a par destes processos sumários urgentes, previstos nos Títulos IV e V, o CPTA inclui ainda um outro processo sumário para resolução de conflitos de competência entre tribunais da jurisdição administrativa e a fiscal e para resolução de conflitos de atribuições entre órgãos de diferentes pessoas colectivas públicas, *ex vi* do artigo 42.º, n.º 2, alínea *a*), do CPA e artigo 135.º do CPTA. Com efeito, e no que concerne a esta última modalidade, o processo em causa, que é um processo impugnatório para resolução de conflitos de atribuições quando envolvam órgãos de diferentes pessoas colectivas públicas, que devam ser resolvidos pelos tribunais administrativos, nos termos do artigo 42.º, n.º 2, alínea *a*), do CPA, é um processo simplificado e abreviado. Rege-se pelas disposições constantes do capítulo III do Título III, e rege-se especialmente por disposições especiais previstas nos artigos 136.º e ss., onde estão consagradas as modalidades de sumariedade procedimental, designadamente, o encurtamento de prazos e a abreviação de fases. Assim, neste processo os prazos são reduzidos a metade; há dois articulados, a petição e a resposta da entidade demandada, devendo ser chamada a outra entidade administrativa envolvida no conflito para se pronunciar no mesmo prazo. Não há uma fase autónoma de produção de prova, uma vez que apenas se admite a prova documental e esta é junta às peças iniciais, nem são admissíveis alegações, bem como não se admite qualquer tipo de recurso jurisdicional da decisão que resolva o conflito (nos termos do artigo 135.º, n.º 2).

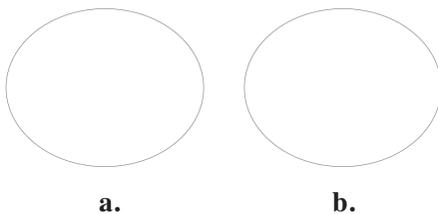
Cumpre, de facto, notar, que este processo sumário pode também atender a uma situação de urgência — *rectius*, de uma especial urgência, uma vez, temos para nós, que a situação de carência a que este processo atende se configura sempre como uma situação de urgência, já que está em causa o exercício de competências (em sentido amplo) e a urgência decorre das próprias características que possui a competência (incluindo a competência em sentido amplo, como sinónimo de atribuições ou conjunto de interesses públicos postos por lei a cargo de um ente público), sendo que a competência possui as características da funcionalidade e a da legalidade ⁽¹⁹⁶⁴⁾. Afinal,

⁽¹⁹⁶⁴⁾ Sabemos que as atribuições são os fins que as pessoas colectivas devem prosseguir e são, no fundo, o conjunto de interesses públicos postos por lei a cargo de um determinado ente público. E as competências são os poderes funcionais que a lei atribui aos órgãos daquelas pessoas colectivas para realizarem as atribuições daquelas. A competência é, portanto, o conjunto de poderes funcionais que a lei confere a um órgão para a prossecução das atribuições da pessoa colectiva pública a que pertence. Ora, a competência possui características. A da funcionalidade e a da legalidade são duas dessas características. Em qualquer caso, a competência é atribuída ao órgão para que este prossiga as atribuições da pessoa colectiva pública a que pertence. E, de acordo com a segunda característica, a competência só pode ser conferida, delimitada ou retirada por lei. É sempre a lei que fixa a competência dos órgãos. Decorre,

a competência é sempre de ordem pública e por isso o seu não exercício ou o seu exercício contrário à lei exige sempre uma resolução urgente, já que os interesses públicos e privados envolvidos não se compadecem com qualquer demora.

De qualquer modo, a lei processual administrativa, sensível para estes aspectos, salvaguarda uma situação especial, a que faz corresponder uma situação de urgência — *rectius*, de uma especial urgência, como já fundamentámos — que legalmente é aquela que decorre da inação das autoridades em conflito, sempre que desse não exercício de poderes administrativos possa resultar grave prejuízo. E, nesta situação, quando se apura que do não exercício dos poderes pode resultar um grave prejuízo, o legislador veio acautelar a situação, assegurando que o processo possa desembocar, em determinado momento prévio, numa decisão provisória, através da qual o tribunal designa a autoridade que deve exercer provisoriamente a competência. Assim, a decisão provisória vem de modo antecipado e provisório, determinar que, em tudo o que seja urgente, a competência possa ser temporariamente exercida por certo órgão, nela indicado.

Enfim, neste contexto da apreciação das modalidades que concretizam a técnica da sumariiedade, cumpre dizer que o modelo de tutela urgente previsto no Título IV do CPTA e o modelo de tutela urgente consagrado no Título V do CPTA podem ser representados por um só círculo (b.), que se opõe a um outro que representa o modelo estrutural ordinário (a.), sendo que aquele primeiro representa uma (mesma e única) categoria de tutela de urgência, a partir da estrutura processual.



pois, do princípio da legalidade da competência o dever de um órgão exercer a sua competência enquanto a possui, cabendo sempre à lei retirar-lha. A competência é de ordem pública e deste princípio também decorre que a competência não se presume, que a competência é imodificável, não podendo os seus titulares alterar o seu conteúdo ou reparti-la, e que a competência é irrenunciável e inalienável, não podendo os seus titulares renunciar aos seus poderes, nem transmiti-los fora das situações legalmente admitidas.

§ 2. A CONCRETIZAÇÃO DA TÉCNICA DA SUMARIEDADE COGNITIVA

Razão de ordem: 0. Introdução. **1.** O modelo de *plena cognitio* dos processos ordinários. **2.** O modelo de *plena cognitio* acelerada de alguns processos urgentes. **3.** O modelo de *summaria cognitio* de alguns processos urgentes

0. Introdução

Como apontámos nas considerações de apresentação ao capítulo III desta terceira Parte da dissertação, a lei processual administrativa integra um conjunto de processos que seguem a mesma forma processual, desempenham uma mesma função e são estruturalmente concebidos em termos simplificados e abreviados. E, com efeito, no contexto dessa função, tais processos concretizam normalmente diferentes técnicas processuais. A técnica da *sumariedade procedimental* e a técnica da *sumariedade da cognição* vêm acrescer às técnicas de acessoriedade-instrumentalidade, provisoriedade e antecipação, sendo que, ao contrário de todas as outras, a técnica da *sumariedade procedimental* é obrigatoriamente concretizada em todos os processos de urgência.

Com tivemos ocasião de perceber, o processo pode definir-se como sumário quando se desenvolve segundo formas e termos simplificados e abreviados por contraste com os previstos para os processos ordinários ou comuns, quer esta simplificação resulte directa e imediatamente da lei, quer decorra da actuação de determinação estrutural desempenhada pelo *sujeito-jurisdicional-da-urgência*, de acordo com os parâmetros delineados, *a priori*, de forma mais ou menos precisa, pelo *sujeito-legislativo*. E, como tivemos ocasião de apurar também, o processo pode dizer-se *sumário de cognição sumária* quando, para além de possuir especificidades de matriz procedimental, possuir especificidades que modificam o seu procedimento instrutório. Enfim, podemos concluir que a lei processual administrativa consagra um modelo de processos especiais, simplificados e abreviados, que foram especialmente desenhados para realizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, sendo que tal modelo tem a sua disciplina prevista tanto no Título IV como no Título V do CPTA.

Agora, cumprirá perceber que os processos especiais previstos no Título IV e no Título V do CPTA não são somente processos especiais de trâmite urgente e processos sumários quanto ao *modus procedendi*. Para além dos instrumentos de aceleração e do tratamento prioritário e, fundamentalmente, para além de a sua configuração pontual pressupor simplificação e abreviação estruturais, apraz verificar que alguns deles concretizam instrumentos da técnica da

cognição sumária, sendo que tais *processos sumários de cognição sumária* são acolhidos tanto no Título IV como no Título V do CPTA. Partimos, pois, da análise dos contornos do modelo instrutório ordinário ou modelo ordinário de *plena cognição* — *scilicet* um modelo cujo procedimento instrutório obedece aos princípios e normas que incluem o direito probatório material comum e o direito probatório formal regra — e apurámos que esse *regime-regra* (que disciplina o modelo de *plena cognição* e que é sobretudo moldado segundo as normas e os princípios de matriz civilista) sofre desvios e verdadeiras exceções quando adoptado nos processos de cognição sumária (1.).

Assente que um processo sumário não é forçosamente um processo de cognição sumária, já que, para que assim aconteça, o procedimento instrutório desse processo deve reger-se por normas e princípios especiais por contraste com as normas e princípios gerais que regem o procedimento instrutório ordinário, cumpre, neste momento do trabalho perceber que alguns dos processos previstos no Título IV e no Título V do CPTA beneficiam tanto de simplificação e aceleração como de aceleração e de condensação no momento da demonstração do factos alegados. Contudo, nem sempre a aceleração e a condensação do momento de instrução e produção de prova traduzem verdadeiros desvios ao princípio do contraditório, pelo que nem sempre a atenuação deste princípio traduz redução do conhecimento do *thema decidendum*. Na verdade, tendo sido escolhida a técnica do confronto entre o *regime-regra* sobre instrução e produção de prova e os *regimes-especiais* para instrução e produção de prova nos processos previstos no Título IV e no Título V do CPTA, apurámos que, em alguns casos, tais regras e princípios sofrem desvios e em outros casos padecem de verdadeiras derrogações, quando integrados na disciplina que rege especialmente o procedimento de instrução e produção de prova em alguns processos consagrados tanto no Título IV como no Título V do CPTA. Enfim, em alguns processos a atenuação não é somente de quantidade e não atende apenas à duração do contraditório. Em certas modalidades de processos, os desvios incidem sobre a qualidade e diminuem verdadeiramente o conteúdo da contraditoriedade (2.).

Enfim, é a lei que prevê princípios e normas especiais quanto à forma procedimental de aquisição do material probatório, sobre o qual deverá formar-se a convicção do juiz e é a lei que estabelece princípios de julgamento de prova especiais, sendo que, nestes processos, tanto está legitimada a não realização do contraditório como está legitimada a desobediência às «formalidades essenciais do contraditório». E, de facto, em certos processos sumários, o *sujeito-legislativo* veio concretizar, designadamente, a técnica da inversão do contencioso ou técnica da cognição unilateral e a técnica da prova *prima-facie*, *id est* género de prova que se opõe à *plena probatio* e só pode ser identificada com o de *prova restrita*, *prova imediatamente disponível* e *prova líquida*, não

devendo ser identificada com prova menos forte ou prova menos convincente. De resto, tais processos pressupõem uma redução da cognição do *thema decidendum*, atingindo logo, a montante, a produção de prova (3.).

1. O modelo de *plena cognitio* dos processos ordinários

O modelo de *plena cognitio* consagrado no CPTA rege-se fundamentalmente por normas de direito material, as previstas no Código Civil, e por normas de direito processual, quer as previstas no CPC, quer no CPTA. Aliás, o procedimento instrutório em sentido restrito do contencioso administrativo é disciplinado fundamentalmente por normas de direito processual civil, uma vez que o próprio CPTA remete em termos gerais para as regras constantes do CPC, *ex vi* do artigo 1.º e, especificamente, *ex vi* do artigo 90.º, n.º 2, do CPTA. Cumpre, assim, precisar em termos gerais quais são os traços do modelo de *plena cognitio* e, depois, cumpre precisar alguns dos princípios que regem o modelo probatório ordinário em sentido restrito. No fundo, pretendemos apenas realçar alguns dos contornos mais característicos do modelo de *cognitio plena*, precisamente aqueles em relação aos quais o modelo da *summaria cognitio* mais se distancia.

Em primeiro lugar, deve ter-se em conta que o modelo da *plena cognitio* ou modelo ordinário é concebido segundo a lógica do *due process of law*, isto é, de acordo com a lógica de um processo cuja justeza reside não apenas na imparcialidade, na autonomia, na independência e no carácter natural de quem administra a justiça, mas reside também na necessidade de regulação das formas e dos termos do processo, no sentido de que tais formas e termos estão pré-determinados ao pormenor pelo legislador, sendo possível assegurar com previsibilidade que as partes são titulares de poderes e deveres processuais e que o processo é destinado a finalizar com certo tipo de decisão judicial, sendo também possível proceder-se a um controle *in iure* da actuação do juiz e das suas escolhas (através da análise da motivação lógica das escolhas realizadas). Assim, consagrando um modelo participativo e paritário de contraditório e não existindo indeterminação nem remissão em excesso para o poder discricionário de determinação *in itinere* do juiz (pela atribuição de uma discricionariedade-inquisitorialidade *in procedendo*) que pudesse colocar em causa tal modelo igualitário, o carácter justo do processo pressupõe previsão e equidade. E pressupõe que da escolha discricionária (ainda que motivada) de quem gere o processo não resulta a anulação do direito das partes a um paritário contraditório *in itinere*, bastando que o magistrado configure uma terceira via de aquisição do material probatório, sem que as partes tenham possibilidade de controlar o quê e o como (1.1.).

Assim, para além de ser um modelo participativo e paritário no que respeita ao contraditório, este modelo de cognição plena está sujeito a outros princípios gerais, designadamente, a princípios que integram o direito probatório formal e que tanto disciplinam a utilização dos meios de prova em juízo, indicando o modo de requerer as provas, de as produzir e de as valorar, tais como «o princípio da universalidade dos meios de prova»⁽¹⁹⁶⁵⁾, o princípio da cooperação, o princípio do dispositivo, sendo que este não pode ser entendido em sentido puro, claro está, uma vez que este princípio sofre significativos desvios no contencioso administrativo em prol do princípio da investigação (do inquisitório ou da verdade material) e o princípio do contraditório (1.2.), como também disciplinam o julgamento da prova, incluindo o princípio da aquisição processual, o da livre apreciação das provas, «o princípio da repartição do ónus da prova objectivo (“material” ou de “averiguação”)⁽¹⁹⁶⁶⁾» (1.3).

Enfim, este modelo da cognição plena tem como desiderato a tendencial procura da certeza e da verdade. Assim, nos termos do artigo 90.º, n.º 1, do CPTA, «o juiz pode ordenar as diligências de prova que considere necessárias para o apuramento da verdade», e, nos termos do artigo 519.º do CPC, há, de igual modo, o dever de colaborar na descoberta da verdade. Em consequência destas características, a sentença que põe fim à acção administrativa comum (em qualquer das formas) e à acção administrativa especial, e cujo *accertamento* conforma a relação material controvertida, tem força obrigatória e autoridade de caso julgado, depois de transitada em julgado (artigos 671.º e ss. do CPC).

1.1. Assim, como apontámos, o processo justo que caracteriza o modelo de cognição plena é mais do que um processo que é gerido por um juiz autónomo, independente e imparcial. É um processo que é gerido por quem exerce a função jurisdicional e o faz actuando através de um processo regulado ao pormenor, em termos que os poderes, deveres, ónus e faculdades estão previstos na lei em condições de paridade⁽¹⁹⁶⁷⁾. Enfim, tendo subjacente o princípio do dispositivo, no modelo de cognição plena, o processo justo deve ser entendido como sequência de actos, com forma típica, minimamente prevista desde o início, em termos que as partes possam apresentar e planear estrategicamente a sua plena defesa, segundo critérios de previsibilidade, jus-

⁽¹⁹⁶⁵⁾ Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 471 ss.

⁽¹⁹⁶⁶⁾ Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 473 ss.

⁽¹⁹⁶⁷⁾ Sobre esta tema, vd. L. LANFRANCHI, «“Pregiudizi illuministici...”», cit., pp. 18, 22, 24 e 25.

tiça e igualdade (1968). O modelo da cognição plena é um modelo que configura a necessária regulação estrutural do processo e que consagra um modelo participativo e paritário do contraditório (1969). Na verdade, tido como uma decorrência do princípio da igualdade das partes, estabelecido no artigo 3.º-A do CPC e artigo 6.º do CPTA, este princípio possui um conteúdo multifacetado: por um lado, ele atribui à parte não só o direito ao conhecimento de que contra ela foi proposta uma acção ou requerida uma providência e, portanto, nesta perspectiva, o direito do contraditório traduz um direito à audição antes de ser tomada qualquer decisão. Por outro lado, ele corresponde a um direito a conhecer todas as condutas assumidas pela contraparte e a tomar posição sobre elas. Neste contexto, o direito do contraditório corresponde ao direito de resposta. Ora, como se percebe, este princípio tem, pois, pelo menos, duas manifestações: uma primeira significa que não podem ser tomadas quaisquer providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida (artigo 3.º, n.º 2, do CPC); a outra pressupõe o seu cumprimento e observância ao longo de todo o processo, de tal modo que o juiz não deve decidir, salvo caso de manifesta necessidade, sobre questões de direito e de facto sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem (artigo 3.º, n.º 3, do CPC) (1970). E este princípio tem também um desdobramento no procedimento probatório propriamente dito, como veremos, sendo que a regra é a da audiência contraditória, só assim não acontecendo, em casos excepcionais: «salvo disposição em contrário, as provas não serão admitidas nem produzidas sem audiência contraditória da parte a quem hajam de ser opostas, nos termos do artigo 517.º do CPC. A cognição é plena também neste sentido, enquanto cognição regida pelo princípio da audiência contraditória. E a plena realização do contraditório acontece segundo modalidades predefinidas na lei, nos termos do artigo 90.º, n.ºs 1 e 2, do CPTA e artigos 552.º e ss. do CPC, de tal modo que a produção de prova e a sua valoração, bem como a repartição dos poderes processuais das partes, que estão definidos em termos de igualdade (artigo 6.º do CPTA), estão na lei pré-estabelecidas, sendo escasso o poder discricionário do juiz (cfr. artigo 90.º, n.º 2).

(1968) Sobre este assunto, vd. N. PICARDI, «Lavori per la riforma...», cit., pp. 700 ss.; G. WALTER, «I diritti fondamentali nel processo civil tedesco», RDProc., 2001, pp. 733 ss.

(1969) Sobre este assunto, L. LANFRANCHI, «“Pregiudizi illuministici...”», cit., p. 25.

(1970) É neste contexto que o direito à audição prévia tem relevância. Este encontra-se consagrado no artigo 3.º, n.º 1, *in fine*, do CPC e é ele que justifica todos os cuidados a observar na citação do réu, a tipificação dos casos em que se considera que ela falta (artigo 195.º) ou é nula (artigo 198.º, n.º 1) e é este direito que está subjacente à possibilidade de interpor recurso extraordinário de revisão contra uma sentença proferida num processo em que tenha faltado a citação ou esta seja nula (artigo 771.º, alínea *f*) e de oposição e anulação da execução com base nos mesmos vícios (artigos 813.º, alínea *d*), e 921.º do CPC).

1.3. No que concerne a alguns dos princípios que integram o direito probatório formal e que disciplinam a utilização dos meios de prova em juízo no modelo de *cognitio plena*, indicando o modo de requerer as provas, de as produzir e de as valorar, cumpre destacar «o princípio da universalidade dos meios de prova»⁽¹⁹⁷¹⁾, a par de outros, tais como o princípio da cooperação, o princípio do dispositivo mitigado com o princípio da investigação (do inquisitório ou da verdade material) e o princípio do contraditório. Ora, o modelo de cognição plena rege-se pelo princípio da universalidade dos meios de prova. E isto significa que quanto aos meios de prova admitidos no contencioso administrativo vinga o princípio da prova livre ou, como lhe chama VIEIRA DE ANDRADE, o princípio da universalidade da prova. Na verdade, hoje, à luz do actual CPTA, o contencioso administrativo já não sofre do tipo de restrições de que padecia o anterior contencioso. E assim, a regra é a de que podem ser usados todos os meios legais de prova que sejam adequados à demonstração da realidade dos factos. Esta regra sofre também alguns desvios que teremos oportunidade de identificar a propósito de alguns dos processos sumários previstos na lei processual administrativa. De resto, vinga a este propósito o disposto no direito probatório material, quanto aos meios de prova admitidos⁽¹⁹⁷²⁾ e à força probatória dos mesmos⁽¹⁹⁷³⁾, sendo certo que quanto à produção de prova propriamente dita, vinga o direito probatório formal de matriz civilista, na medida em que o CPTA remete especialmente para a lei processual civil a produção de prova, *ex vi* do artigo 90.º, n.º 2, do CPTA⁽¹⁹⁷⁴⁾.

⁽¹⁹⁷¹⁾ Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 471 ss.

⁽¹⁹⁷²⁾ Ora, se no modelo de *plena cognitio* é possível realizar todos os meios de prova e se nos termos do Código Civil, esses meios de prova são múltiplos, presunções (artigos 349.º a 351.º), confissão (artigos 352.º a 361.º), prova documental (artigos 362.º a 387.º), prova pericial (artigos 388.º a 389), prova por inspecção (artigos 390.º a 391.º) e prova testemunhal (artigos 392.º a 396.º), no modelo sumário, a urgência revela-se incompatível com algumas delas, sendo que outras se revelam incompatíveis com o carácter provisório da *decisão-de-urgência-cautelar*.

⁽¹⁹⁷³⁾ No que respeita à força vinculativa destes meios de prova, pode dizer-se que, em termos de regra geral, eles são apreciados livremente pelo tribunal, como se depreende do artigo 358.º, n.ºs 3 e 4, do CC para a confissão extra-judicial e judicial não escrita, dos artigos 366.º, 371.º, n.º 2, e 376.º, n.º 3, do CC para a prova documental, do artigo 389.º do CC para a aprova pericial, do artigo 391.º do CC para a inspecção judicial e do artigo 396.º do CC para o depoimento testemunhal. Este princípio vai de encontro ao princípio da livre apreciação da prova previsto no CPC (nos artigos 519.º, n.º 2, 529.º, 555.º, 591.º e 655.º).

⁽¹⁹⁷⁴⁾ Cumpre, pois, notar que, salvo disposição legal em contrário, a este propósito rege o CPC, sendo que este se refere à prova por apresentação de coisas móveis ou imóveis (artigo 518.º), à prova por documentos (artigos 523.º e ss. do CPC), à prova por confissão das partes e, designadamente, à que resulta do depoimento de parte (artigos 552.º e ss. do CPC), à prova pericial (artigo 568.º e ss. do CPC), à prova por inspecção judicial (artigos 612.º e ss. do

Como se verá, no modelo da *summaria cognitio* não vinga tal princípio da universalidade de meios de prova, havendo, pelo contrário, restrição quer por razões de urgência quer por incompatibilidade com as técnicas de acessoriedade-instrumentalidade do processo cautelar e de provisoriedade da decisão cautelar, sendo que, neste caso, se aplica o princípio da *prova sumária* ou *prova restrita*. E, no que concerne à forma de requerer e produzir os meios de prova no processo sumário também quanto a este aspecto cumpre dizer que o modelo instrutório de *summaria cognitio* contém disposições especiais, sendo que em alguns casos tais normas contêm desvios perante as normas constantes do modelo paritário do contraditório.

O princípio da cooperação é um princípio que é relativo à actividade processual probatória e que é estruturante da fase de instrução. Está consagrado nos artigos 266.º e 519.º do CPC e artigo 8.º, n.º 2, do CPTA. Segundo este princípio todas as pessoas, partes ou não, devem prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for solicitado, submetendo-se às inspecções, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados, sob pena de aplicação de diverso tipo de sanções. A fase de instrução rege-se, de facto, pelo princípio da cooperação inter-subjectiva (artigo 266.º, n.º 1), tanto nas relações das partes e de terceiros com o tribunal como nas relações entre o tribunal e as partes (artigos 266.º, n.ºs 1 e 4, e 519.º, n.º 1, CPC) ⁽¹⁹⁷⁵⁾. Este princípio está expressamente consagrado no artigo 8.º do CPTA. E neste sentido, os magistrados, os mandatários judiciais e as partes devem cooperar entre si e devem concorrer para que se obtenha, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. E numa lógica de cooperação e de boa fé processual, as partes devem abster-se de requerer a realização de diligências inúteis e de adoptar expedientes dilatatórios (artigo 8.º, n.º 2). E, designadamente, as entidades administrativas têm o dever de remeter ao tribunal, em tempo oportuno, o processo administrativo

CPC), à prova testemunhal (artigos 616.º e ss. do CPC). Também tais regras sofrem desvios quando aplicadas no modelo da *summaria cognitio*.

⁽¹⁹⁷⁵⁾ Naquele primeiro aspecto, este princípio impõe a todas as pessoas, mesmo que não sejam parte na causa, o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados (artigo 519.º, n.º 1, do CPC). O princípio impõe-se às partes e mesmo à não onerada com a prova do facto. Se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, o que significa que esta recusa vale como princípio de prova. No segundo aspecto, significa que a actividade de instrução também assenta na colaboração do tribunal com as partes, de tal modo que se alguma alegar justificadamente dificuldade séria em obter um documento ou informações que condicione o exercício de uma faculdade, dever ou ónus processuais, o juiz deve, sempre que isso lhe seja possível, providenciar pela remoção do obstáculo (artigo 266.º, n.º 4, do CPC).

e demais documentos respeitantes à matéria do litígio, sob pena de sofrer sanções pelo seu não cumprimento (artigo 84.º, n.ºs 4 e 5).

Um outro significativo princípio é o da oficiosidade — ou, se quisermos, o princípio da investigação (do inquisitório ou da verdade material). Apesar de o objecto do processo se encontrar, em geral, submetido à disponibilidade das partes (artigos 264.º, n.º 1, e 664.º, *in fine*), a instrução comporta importantes poderes instrutórios do tribunal. Este tipo de poderes pode recair sobre factos essenciais, complementares e instrumentais e é justificado pela necessidade de evitar que, pela falta de prova, a decisão da causa seja imposta pelo *non liquet* (artigos 516.º e 346.º do CC) ⁽¹⁹⁷⁶⁾. De acordo com tal princípio, nenhum facto relevante para a decisão da causa deve ficar por esclarecer ⁽¹⁹⁷⁷⁾, sendo que, neste sentido, e por determinação do princípio do inquisitório, o tribunal pode realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que entenda necessárias para a descoberta da verdade e para a justa composição do litígio quanto aos factos que lhe é lícito conhecer, nos termos do artigo 265.º, n.º 3, do CPC, tendo, porém, em conta os limites impostos pelo princípio do dispositivo quanto à matéria de facto (artigo 664.º do CPC) ⁽¹⁹⁷⁸⁾. Aliás, este princípio assume um papel determinante na lei processual administrativa e especialmente no contexto das disposições que versam sobre a AAE, uma vez que, estando em causa a impugnação de acto e de normas, é dado um poder de investigação ao juiz e um poder auxiliar ao MP. Assim, este tem poder de requerer as diligências de instrução que entenda convenientes (artigo 85.º, n.º 2) — um facto que por si já significa alargar o objecto da prova para além daquele que as partes determinam — e, depois, permite-se ao juiz que ordene as diligências de prova que considere necessárias para o apuramento da verdade, sendo que também aqui se confessa o princípio do inquisitório.

Igualmente importante na instrução da acção é o princípio do contraditório, previsto no artigo 517.º do CPC, procurando garantir a ambas as partes o acompanhamento dos actos instrutórios e probatórios. Com efeito, «salvo disposição em contrário, as provas não serão admitidas nem produzidas sem audiência contraditória da parte a quem hajam de ser opostas». Referem a este propósito J. LEBRE DE FREITAS *et al.* que «o princípio do contraditório, na modalidade do direito à prova exige que seja facultada às partes, em termos

⁽¹⁹⁷⁶⁾ Sobre este tema, vd. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre...*, cit., p. 323.

⁽¹⁹⁷⁷⁾ Sobre este assunto, vd. J. LEBRE DE FREITAS *et al.*, *Código de processo civil...*, cit., p. 392.

⁽¹⁹⁷⁸⁾ Sobre este assunto e os poderes inquisitórios do tribunal em relação aos factos instrumentais, uma vez que, nos termos do artigo 264.º, n.º 1, do CPC, o tribunal pode considerar, mesmo oficiosamente, os factos instrumentais e utilizá-los na sentença quando resultem da instrução e julgamento da causa, vd. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre...*, cit., p. 323.

de igualdade, a proposição de todos os meios probatórios potencialmente relevantes para o apuramento da realidade dos factos (principais ou instrumentais) da causa». E, de acordo com os mesmos autores, «as partes têm também direito, como manifestação do princípio do contraditório, à admissão de todas as provas relevantes para o objecto da causa (artigo 513.º), pelo que o juiz não pode, no despacho de admissão das provas ou na fase de instrução, rejeitar um meio de prova por irrelevância, baseado na convicção que já tenha formado quanto à não verificação do facto que se pretende provar através desse meio», só assim não acontecendo se o tribunal considerar que se trata de provas impertinentes ou dilatórias (1979). Enfim, *ex vi* do artigo 90.º do CPTA, o regime constante do artigo 517.º impõe como regra a audiência contraditória, enquanto manifestação do princípio do contraditório. Este preceito determina que seja facultada à parte contrária (àquela que haja proposto o meio de prova) a possibilidade de intervir no procedimento instrutório, podendo dizer de sua justiça sobre os actos de admissão e de produção de prova. Assim, as provas não são admitidas (nem produzidas) sem a audiência contraditória da parte a quem sejam opostas (artigo 517.º, n.º 1, do CPC), sendo certo que a contraditoriedade se revela de modo diverso em relação às provas constituídas ou constituendas (1980). Em qualquer caso, o modelo sumário contém desvios a esta disciplina.

Aliás, a ressalva estabelecida no n.º 1 do artigo 517.º tem em vista os casos excepcionais em que, por haver urgência em adoptar uma providência (e, por isso, por também existir urgência em realizar a produção de prova) ou por existir o risco de frustração da finalidade de uma providência, o princípio da audiência contraditória cede. Assim acontece nos artigos 385.º, n.º 1, 394.º e 408.º, n.º 1. Uma verdadeira excepção ao contraditório regra está contemplado no regime do contraditório no processo cautelar de matriz civilista (1981).

(1979) A este propósito, J. LEBRE DE FREITAS *et al.* (*Código de processo civil...*, cit., p. 388) consideram que, com a revisão de 1995/1996, não foi somente o princípio do inquisitório que foi sendo reforçado durante a fase de produção de prova, também a intervenção contraditória das partes na produção de prova foi em alguns aspectos reforçada: a permissão atribuída aos advogados para dirigirem perguntas directas ao depoente de parte é um dos reforços apontados. E o princípio do contraditório, na vertente do direito à prova, também saiu reforçado com a possibilidade de aditamento e substituição de testemunhas. A admissão do depoimento escrito de parte e a testemunhal e a comunicação telefónica ou por outro meio com a testemunha impossibilitada de depor apenas quando haja acordo de parte, reforça, com certeza, o princípio do contraditório.

(1980) Sobre este assunto, vd. J. LEBRE DE FREITAS, *Código de processo civil...*, cit., pp. 388 ss.

(1981) Refere o artigo 385.º, n.º 1, «que o tribunal ouvirá o requerido, excepto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência», podendo o requerido posteriormente ao decretamento da providência exercer os seus meios de defesa (artigo 388.º, n.º 1

E no contencioso administrativo há diversas manifestações deste princípio e desta exceção. O princípio revela-se nos artigos 57.º e 68.º, n.º 2, do CPTA, em relação à obrigação de demandar a entidade recorrida e os contra-interessados, na intervenção do MP. E quanto às exceções e quanto às atenuações que este princípio sofre na lei processual administrativa vamos falar delas daqui a pouco, sendo que a urgência, *maxime* a especial urgência, é um factor determinante na concretização de atenuações e de verdadeiras exceções a este princípio.

1.2.3. E há ainda os princípios do julgamento da prova. O princípio da aquisição processual, previsto no artigo 515.º do CPC, é um deles. E o princípio previsto no artigo 516.º do CPC é outro. O princípio da livre apreciação da prova (previsto no artigo 665.º do CPC) é mais um, e, finalmente, um outro é o acolhido no artigo 522.º do CPC, o do valor extra-processual das provas. Assim, no momento da decisão, é irrelevante que a proposição do meio de prova tenha provindo de uma ou de outra parte ou ainda que a produção do meio de prova constituenda ou a apresentação do meio de prova pré-constituído tenha resultado de iniciativa oficiosa, devendo a prova ser considerada na decisão independentemente da sua proveniência. Depois, há o princípio previsto no artigo 516.º do CPC: uma norma que prevê um princípio a observar em casos de dúvida: a dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita (artigo 516.º do CPC) ⁽¹⁹⁸²⁾. Ensinam LEBRE DE FREITAS *et al.*, citando A. BLOMEYER, que as normas sobre a distribuição do ónus da prova constituem normas de decisão, pois destinam-se a possibilitar a decisão no caso da falta de prova, mas não deixam de influenciar o comportamento das partes, uma vez que estas são movidas a ter a iniciativa da prova para evitar o risco duma decisão desfavorável. É neste sentido que a doutrina fala em ónus da prova subjectivo, que não impede a iniciativa oficiosa (artigo 265.º, n.º 3, do CPC) e é um mero reflexo do ónus da prova objectivo (que consagram as normas gerais dos artigos 342.º a 344.º do CC e do artigo 516.º do CPC) ⁽¹⁹⁸³⁾. Um outro princípio é o da livre apreciação da prova (665.º), nos termos do qual o tribunal

e 2). Quando o requerido não seja ouvido antes do decretamento da providência, ele é citado para deduzir oposição (artigo 385.º, n.º 2, do CPC), sendo que findo o prazo da oposição, quando o requerido haja sido ouvido, procede-se, quando necessário, à produção das provas requeridas ou oficiosamente determinadas pelo juiz (artigo 386.º, n.º 1). Nos termos do artigo 386.º, n.º 4, são sempre gravados os depoimentos prestados quando o requerido não haja sido ouvido antes de ordenada a providência cautelar.

⁽¹⁹⁸²⁾ A este propósito, vd. J. LEBRE DE FREITAS *et al.*, *Código de processo civil...*, cit., p. 396.

⁽¹⁹⁸³⁾ A este propósito, vd. J. LEBRE DE FREITAS *et al.*, *Código de processo civil...*, cit., p. 403.

aprecia livremente as provas, decidindo segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto. No processo administrativo há diversas manifestações deste princípio e há também excepções. Na AAE, quando a entidade demandada não envie o processo e essa falta torne a prova impossível ou de considerável dificuldade, consideram-se provados os factos alegados pelo autor (artigo 84.º, n.º 5). E, finalmente, um outro princípio é o previsto no artigo 522.º do CPC, o do valor extra-processual das provas. De acordo com este preceito, algumas provas produzidas num processo podem vir a ser utilizadas noutro processo contra a mesma parte. É o que acontece com os depoimentos de parte ou testemunhais e com os arbitramentos. Como se sabe, o modelo de instrução e produção probatória cautelar contém uma excepção a este princípio, uma vez que «nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da acção principal» (artigo 383.º, n.º 4).

2. O modelo de *plena cognitio* acelerada de alguns processos urgentes

Se o modelo ordinário de cognição plena se caracteriza deste modo, já o modelo de cognição sumária pressupõe outras características, como fomos anunciando. Contudo, cumpre relembrar a ideia de que não deve confundir-se o *processo sumário* com o *processo sumário de cognição sumária*, sendo que os *processos sumários* previstos no CPTA só poderão denominar-se de *processos sumários de cognição sumária* se neles se concretizar algumas das modalidades de *sumariedade de cognição*, a saber:

3. a configuração de um modelo de *cognição não plena* por determinação legal:

- a) que atenua ou constitui excepção ao modelo de contraditório participativo-igualitário entre as partes:
 - i) que pressupõe a técnica da inversão do contencioso ou técnica do processo de cognição unilateral: procedimento *inaudita altera parte*;
 - ii) contraditório diferido;
 - iii) contraditório incompleto.
- b) que traduz simplificação e incompletude ou não esgotamento de prova:
 - i) que pressupõe a prova *sumária*:
 1. enquanto prova restrita e prova imediata;
 2. enquanto material probatório restrito, limitado a parte dos factos da causa.

4. a configuração de um modelo de cognição *não plena* por actuação do juiz:

- a) que atenua ou constitui excepção perante o modelo de contraditório participativo-igualitário:
 - i) em termos que a discricionariadade pressupõe que o juiz possa realizar uma instrução informal, uma instrução que não obedeça ao mesmo modelo paritário de contraditório — *discricionariadade-inquisitorialidade*.
- b) que traduz simplificação e incompletude de prova:
 - i) em termos que o procedimento instrutório se desenrola de modo atípico, através de modalidades de prova consideradas não normais ou não comuns.

Como se percebe, retomando estes mesmos critérios, pode falar-se de um modelo alargado e ampliado de *summaria cognitio* que poderá surgir a par do sistema da *plena cognitio* e em contraste com este sistema, enquanto modelo que inclui diversas configurações, que, ora se afastam procedimentalmente do modelo do processo ordinário, ora contêm atenuação, desvio ou derrogação perante os princípios e regras basilares vigentes nesse modelo regra (ou sistema da *cognitio plena*). Enfim, considera-se, assim, que a cognição própria do processo sumário não é também necessariamente sumária. De facto, tal depende da configuração especial destas modalidades de sumariedade da cognição, em termos que se veja que o *sujeito-legislativo* optou por consagrar atenuações sérias ou derrogações ao *regime-regra* do procedimento instrutório ordinário. Como vimos, no contencioso administrativo francês a doutrina aceita que, por razões de urgência, a lei processual incluía limitações à contraditoriedade da instância. Com efeito, a doutrina tem aceite que o atendimento prioritário e privilegiado da urgência combina bem com limitações do quadro da temporalidade dos processos e das formalidades da instância, sendo certo que, neste último contexto da simplificação, a urgência tanto impõe a atenuação do carácter contraditório da instrução como, em certas situações, impõe uma total supressão da contraditoriedade ⁽¹⁹⁸⁴⁾. Assim, a limitação atinge quer

⁽¹⁹⁸⁴⁾ Neste sentido, como vimos, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., pp. 92 e 104) dá exemplos nos termos dos quais «le juge administratif peut réduire la durée de l'instance en jugeant sans instruction, sans même être tenu d'en informer le requérant». A par destas situações, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., pp. 158 a 169) também nos dá conta da forma como a urgência

a duração do contraditório quer o grau (ou intensidade) da contraditoriedade, sendo que a limitação pode traduzir-se na atenuação ou na própria redução a zero. Claro está que esta forma é excepcional, uma vez que põe em causa um dos princípios basilares do processo (1985). Como escreve DUGRIP, a urgência autoriza o juiz a limitar não somente a duração do contraditório, mas também o autoriza a limitar, naquilo que é o seu conteúdo, a sua intensidade, sendo que o carácter extremo da urgência e a existência de prazos muito breves para decidir justificam que o contraditório possa não só ser atenuado como excepcionalmente ser suprimido (1986).

É neste contexto que, atendendo à técnica da sumariedade cognitiva, cumpre verificar qual é a natureza dos processos urgentes autónomos, previstos, entre nós, no Título IV do CPTA. E, a este propósito, cumpre dizer, desde já, que o legislador tanto veio consagrar modalidades processuais em que se verifica atenuação da contraditoriedade como veio consagrar modalidades em que o contraditório é negado. Assim, cumpre verificar que, em três dos processos consagrados no Título IV do CPTA, o legislador veio consagrar atenuações ao princípio da contraditoriedade, sendo que elas atingem sobretudo a forma e a duração do contraditório. Nestes casos, o legislador veio consagrar formas de cognição plena acelerada (2.1.). Já, num segundo momento, cumpre verificar que o sujeito-

em sentido restrito pode, no contexto das «procédures d'urgence», traduzir tanto uma limitação do grau da contraditoriedade (incluindo supressão total) como de redução da duração do contraditório. A este propósito o autor escreve o seguinte (a p. 158): «c'est par une réduction de la durée de l'instruction, d'abord, que l'urgence se manifeste dans la procédure. Pour économiser le temps procédural, la durée de l'instruction est écourtée de différentes manières. Dans toutes les procédures d'urgence, l'action contre le temps est menée directement par une accélération de l'instruction: les parties sont seulement tenues de procéder à l'instruction de l'affaire aussi rapidement qu'il nécessaire, sans qu'il soit porté atteinte au respect du caractères contradictoire de l'instruction. L'urgence limite uniquement la contraction dans sa durée. Dans certaines procédures, en outre, l'action contre le temps est aussi menée indirectement par une réduction de l'instruction: l'échange des observations des parties est réduit au strict minimum. Dans les cas, l'urgence limite aussi la contradiction dans sa portée».

(1985) Neste sentido, vd. O. DUGRIP, *L'urgence...*, cit., p. 159.

(1986) Com efeito, O. DUGRIP (*L'urgence...*, cit., pp. 161, 162 e 163) escreve o seguinte: «l'urgence autorise le juge à limiter non seulement la durée, mais aussi la portée de la contradiction (...). Le caractère contradictoire de l'instruction est-t-il réduit à sa "forme la plus élémentaire". L'urgence de la procédure de référé limite aussi la portée de la contradiction en excluant un échange prolongé des mémoires en vue de l'instruction. Le juge n'a à communiquer au demandeur ni les observations en défense, ni les mémoires en intervention des tiers mis en cause. (...). Aussi le juge du référé n'a-t-il pas l'obligation de convoquer les parties à l'audience ni de les entendre: il est toujours libre d'apprécier s'il y a lieu de procéder à ces formalités. En fonction de l'urgence de son intervention, le juge du référé pourra statuer avec ou sans débat, préservant de la sorte les droits du demandeur. La décision qu'il prend sur ce point est discrétionnaire».

-legislativo veio concretizar autênticas diminuições de conteúdo do princípio do contraditório numa modalidade de um processo previstos no Título IV do CPTA, sendo que tal diminuição não atinge somente a forma e a duração do contraditório, indo muito mais longe. Daqui resulta a conclusão de que o legislador incluiu no Título IV um *processo sumário de cognição sumária* (2.2.).

2.1. Neste contexto, cumpre anunciar que, não obstante o princípio do contraditório sofrer alguns desvios e algumas atenuações, tal não é suficiente para se classificar os processos impugnatórios e o processo de intimação para prestação de informações como sendo processos de cognição sumária e isto porque em nenhum destes processos especiais estão concretizados instrumentos e modalidades de cognição sumária. Assim e por contraste com o modelo dito ordinário, em cada um destes processos sumários urgentes vigora, com igual intensidade, o princípio do dispositivo e da disponibilidade das partes, o do inquisitório e da oficiosidade. Além disso, são realizados os mesmos meios de prova ou pelo menos não há restrições significativas ou ampliações de maior significado que traduzam aceleração na produção de prova e que possam obstar ao pleno conhecimento do *thema decidendum*. Mais: vinga a mesma regra quanto à relevância de prova e o legislador não prevê critérios distintos para a admissibilidade de algum tipo especial de prova. Vale, em pleno, o princípio da repartição do ónus da prova, previsto normalmente no direito substantivo, e não predomina nenhum critério especial de decisão.

De igual modo, a configuração excepcional do procedimento de instrução probatória, através da técnica do processo de cognição unilateral ou procedimento *inaudita altera parte*, não está consagrado em nenhum dos processos sumários a que nos estamos a referir e que são os primeiros três previstos no Título IV do CPTA. E, de igual modo, a *prova sumária* ou prova *prima-facie*, por contraste com a prova *stricto sensu*, enquanto prova restrita, prova imediata, prova líquida, que, como já apontámos, configura um importante elemento caracterizador da cognição sumária, não está consagrada em nenhum destes processos sumários. E, não está completamente consagrada na lei, não obstante o regime anterior relativo ao contencioso pré-contratual, previsto no Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, a ter previsto, sendo, nessa altura, identificada com a prova documental. Actualmente, não obstante existir já jurisprudência que vai nesse sentido, não se vislumbra a consagração legal de limitação ao universo de meios de prova admitidos nesse processo principal, nem se concebe que a limitação da duração da instância interfira com a plenitude de prova ⁽¹⁹⁸⁷⁾. E isto

⁽¹⁹⁸⁷⁾ Há já jurisprudência que versa sobre a matéria de prova em sede dos processos cautelares e que decidiu especialmente sobre o problema das limitações do contraditório, quer da sua

porque, não obstante ser necessário juntar a prova documental aos articulados, petição e contestação, é possível requerer a produção de prova posterior. E, já para não falar da possibilidade de o tribunal requerer a realização da audiência pública no processo pré-contratual, em qualquer dos dois primeiros, quando a entidade demandada junta prova e requer a produção de prova na contestação, o autor tem ainda a possibilidade de se pronunciar sobre ela nas alegações finais, pelo que há sempre a possibilidade de as partes requerem a produção de prova e há sempre a possibilidade de o tribunal indeferir tal pedido, nos termos do artigo 90.º, n.º 2. E o indeferimento pode ser justificado pela consideração de que as diligências de prova não são necessárias ao apuramento da verdade, sendo que o indeferimento abrange tanto o pedido de produção de prova sobre certo facto como o pedido referente à utilização de certo meio de prova.

E nenhum dos processos referenciados acolhe as outras modalidades da *summaria cognitio*, a saber: a configuração do procedimento excepcional de instrução probatória e a atribuição de poderes excepcionais de instrução ao juiz, de que possa resultar o desequilíbrio do modelo participativo-igualitário do contraditório. Ora, valendo nos processos referenciados as disposições constantes do artigo 90.º, nos termos do qual o juiz pode ordenar as diligências de prova que considere necessárias para o apuramento da verdade (n.º 1) e nos termos do qual o juiz pode indeferir mediante despacho fundamentado, requerimentos dirigidos à produção de prova sobre certos factos ou recusar a utilização de certos meios de prova quando o considere claramente desnecessário, isto significa que nestes processos deve também aplicar-se, quanto ao mais, o disposto na lei processual civil sobre a produção de prova, o que traduz a submissão da prova às mesmas disposições que regem o modelo ordinário.

duração quer do seu conteúdo. A este propósito, vejamos, o acórdão do TCA-S de 25.01.2007, processo n.º 2206/06, e o acórdão do TCA-S de 22.03.2007, processo n.º 2245/07. A questão que o TCA-S foi chamado a decidir dizia respeito a saber se o tribunal pode deixar de inquirir as testemunhas arroladas, por entender que nos processos para decretamento de providências cautelares relativas aos procedimentos de formação de contratos apenas se deve admitir a prova documental. Foi, aliás, neste sentido que decidiu o TAF do Funchal, relativamente a um pedido de suspensão da eficácia de um acto de exclusão de um procedimento concursal internacional, com vista à celebração de um contrato de fornecimento e instalação de circuitos fechados de televisão e de suspensão de todos os actos consequentes. Na verdade, na senda do artigo 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, onde somente se admitia expressamente tal tipo de prova, o TAF veio considerar que a lei (o artigo 132.º, n.º 4, do CPTA) estabelece que «o requerimento deve ser instruído com todos os elementos de prova» e, deste modo, entendeu que só é admissível a prova documental. Contudo, o TCA-S entendeu que não, decidindo que se deve aplicar o que consta das regras referentes ao procedimento instrutório comum do processo cautelar, sendo certo que, no seu entender, nesse regime não se faz essa limitação.

É certo que a contraditoriedade sofre desvios e atenuações decorrentes da diminuição da duração da instância e tal reflecte-se na fase de articulados. É certo também que a disciplina que rege o contencioso pré-contratual vem atribuir um poder especial ao juiz na instrução e produção de prova. Assim, no momento em que a lei processual administrativa lhe reconhece o poder para oficiosamente realizar a audiência pública sobre a matéria de facto e de direito, percebe-se que o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* possa concretizar as suas prerrogativas de avaliação e de decisão referentes à produção de prova. E, permitindo-lhe que aprecie se é aconselhável ao mais rápido esclarecimento da questão, a lei entrega ao juiz um poder discricionário quanto à realização da audiência pública, em termos que lhe cabe decidir oficiosamente realizá-la, podendo igualmente aceitar ou recusar a audiência pública, quando esta tiver sido pedida por qualquer uma das partes.

E é certo igualmente que a atenuação ao cumprimento do princípio do contraditório também se prevê nesses três processos estudados. Com efeito, não obstante existir um esforço no sentido de concretizar este princípio estruturante do processo, ao longo da tramitação de todos e cada um destes três processos sumários previstos no Título IV, em especial durante a fase dos articulados, é, contudo, visível que este sofre uma certa diminuição de duração. Assim, o contraditório é assegurado nos articulados, em cada um dos três processos referenciados, nos termos do artigo 99.º, n.º 3, quanto ao processo eleitoral, nos termos do artigo 102.º, para o processo impugnatório pré-contratual, e nos termos do artigo 107.º, para o processo de intimação para a prestação de informações. E a diminuição do contraditório decorre simplesmente da situação decorrente do encurtamento dos prazos para apresentação da contestação, que é de 5 dias, no primeiro caso, 20 dias no segundo e 10 dias no último caso. Além disso, a diminuição resulta do carácter eventual de que padece designadamente o terceiro articulado, uma vez que a necessidade de apresentação de alegações nos dois primeiros processos pressupõe a eventualidade de ter sido requerida ou produzida prova na contestação. Porém, as atenuações referenciadas não são consideradas significativas do ponto de vista do modelo participativo-igualitário do contraditório porque não se pressente que tal diminuição atinja o conteúdo do contraditório.

2.2. Já o modelo instrutório da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias apresenta novidades quando comparado com os modelos anteriores, pois este acolhe três modalidades da sumariedade cognitiva. E isto deve-se às situações de especial urgência em que a situação de carência de tutela judicial se encontra, em termos que, tratando-se de uma ameaça qualificada ao exercício de um direito, liberdade ou garantia, o legislador quis assegurar a devida tutela, fazendo intervir, como escrevem certos autores,

uma *válvula de segurança do sistema de garantias contenciosas* (1988) — ou que, dizemos nós, faz desencadear um modelo de cognição sumária. E a concretização de derrogações que o mesmo processo consagra perante a disciplina que versa sobre o modelo de *plena cognitio* deve-se exactamente à sua natureza excepcional. Assim, são fundamentalmente três as especificidades consagradas neste processo, uma que traduz não só a diminuição significativa quantitativa ou de duração do contraditório mas que inclui a diminuição qualitativa (ou de substância) do contraditório; outra que resulta da entrega ao *sujeito-jurisdicional-de-urgência* de poderes excepcionais em matéria de prova, que podem desequilibrar o modelo participativo-paritário de contraditório; e outra que tem que ver com o acolhimento da prova sumária, já que o material instrutório pode ser quantitativamente limitado, deixando, por isso, de ter em conta todos os factos controvertidos. Falamos designadamente do modelo mais simples previsto no artigo 111.º do CPTA, onde claramente se acolhe a técnica da prova restrita, prova não esgotada e prova imediata, ou prova que for possível em 48 horas (1989).

Com efeito, o princípio do contraditório sofre as atenuações significativas de forma e de duração, ao longo da tramitação e durante a fase dos articulados, nos termos do artigo 110.º, uma vez que a contestação deve ser apresentada no prazo de sete dias. Contudo, cumpre notar que o desvio realizado pode ser muito mais intenso, ultrapassando o aspecto da duração e atingindo o conteúdo e a qualidade do contraditório, já que a configuração processual mais urgente, prevista no artigo 111.º, que deve ser realizada no prazo de 48 horas, não obstante traduzir uma tentativa de realização do contraditório, pode ela mesma conter uma diminuição de conteúdo desse contraditório. E assim é pelo menos se atentarmos na modalidade de realização da audiência oral, configurada no n.º 2 do artigo 111.º do CPTA.

Vamos, contudo, por partes, tendo em conta que o processo sumário se concretiza através de diferentes ritos ou três modalidades de sumariedade procedimental. Vejamos, em primeiro lugar, o modelo instrutório seguido no processo sumário que é tido como menos simplificado e menos abreviado,

(1988) Neste sentido, vd. M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 538.

(1989) Neste sentido, vd. acórdão do TCA-N de 26.01.2006, processo n.º 1157/05.0BEBERG, no qual o TCA justifica o carácter excepcional do recurso ao meio processual exactamente por ele ter «natureza sumária», sendo que «obviamente que estas sumariedade e urgência não podem deixar de traduzir-se, de alguma maneira e em maior ou menor grau, no correspondente sacrifício de alguns valores, quiçá mesmo do cumprimento integral do contraditório das partes e a livre utilização de alguns meios de prova». O TCA considerou que «também por isso se compreende e justifica o carácter subsidiário deste meio processual principal em relação a outros meios, onde tais valores não são sujeitos a um tão grande sacrifício».

que é aquele que se adopta quando a complexidade da matéria assim o exige. Neste caso, menciona o artigo 110.º, n.º 3, que o processo segue a tramitação estabelecida no capítulo III do Título III, sendo que, nesse caso, os prazos são reduzidos a metade. Neste contexto, julgamos que nada poderá beliscar os princípios e as normas comuns que regem o procedimento instrutório ordinário, valendo as disposições constantes do artigo 90.º do CPTA.

Já num outro modelo mais simples e mais abreviado do que este, o processo pressupõe uma tramitação que começa com a apresentação do requerimento inicial, em duplicado, e a remessa do duplicado à entidade demandada para contestar no prazo de sete dias. Se a complexidade da matéria não justificar a adopção da tramitação mais lenta e cuidada supra indicada, o juiz pode ordenar as diligências que se mostrem adequadas, devendo decidir no prazo de cinco dias. Ora, julgamos, pois, que, neste caso, a existir restrição ao modelo de prova, ele poderá decorrer simplesmente do facto de a prova poder sofrer de alguma limitação, pelo facto de as partes terem de apresentar as provas juntamente com os articulados e pelo facto de a contestação ter de ser apresentada em sete dias. De qualquer modo, pode ser requerida produção de prova e cabe ao tribunal aplicar a regra constante do artigo 90.º, n.º 2: pode indeferir mediante despacho fundamentado, requerimentos dirigidos à produção de prova sobre certos factos ou recusar a utilização de certos meios de prova quando o considere claramente desnecessário, devendo aplicar-se as regras constantes da lei processual civil quanto à produção de prova, isto é, devem aplicar-se os artigos 513.º e ss. do CPC.

E, enfim, há o modelo mais simples e mais abreviado, o que se aplica em situações de especial urgência, em que a petição permite reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível do direito, ou da garantia ou liberdade ameaçados. Neste caso, o legislador dá uma alternativa ao *sujeito-jurisdiccional-de-urgência*, a saber: ou opta por encurtar o prazo para a entidade demandada apresentar resposta, deixando o prazo de ser de sete dias para passar a ser um diferente, aquele que o juiz entenda adequado à urgência da ameaça e à preparação da defesa da entidade demandada, ou, e em alternativa, o *sujeito-jurisdiccional-de-urgência* opta pela realização, no prazo de 48 horas, de uma audiência oral. Neste contexto, cumpre, pois, perceber que, optando pela realização, no prazo de 48 horas, de uma audiência oral, no termo da qual decidirá de imediato, esta audiência oral pode mesmo realizar-se por qualquer meio de comunicação que se mostre adequado. Ora, percebe-se que, neste caso, o juiz não só escolhe a via e a estrutura do processo a seguir e determina a forma a observar como pode desequilibrar o modelo participativo-igualitário do contraditório. Por exemplo, o juiz pode em vez de ouvir o requerido em audiência proceder à sua audiência por qualquer meio de comunicação que se revele adequado, incluindo o telefone, o fax, ou correio electrónico (artigo 111.º,

n.ºs 1 e 2) (1990). Como se percebe, este último *modus procedendi* prima pela extrema informalidade e pela extrema simplicidade, não fazendo depender do contraditório a determinação da modalidade de audição. E percebe-se que a diminuição do contraditório por razões de especial urgência resultem, nomeadamente do facto de o juiz escolher a forma excepcional de o realizar, sendo que a lei processual administrativa não determina nenhuma condicionante para a concretização da audição oral de entidade demandada, nem faz depender essa concretização da aceitação das partes. Assim, em caso de especial urgência, em vez de ouvir o requerido em audiência, o juiz pode proceder à sua audição por qualquer meio de comunicação que se revele adequado (artigo 111.º, n.ºs 1 e 2).

Temos para nós que a lei processual administrativa consagra uma diminuição significativa do princípio do contraditório, sendo certo que neste processo sumário é bem visível que o legislador preferiu a assegurar a celeridade da tutela, sacrificando as garantias de uma tutela exaustiva e absolutamente contraditória (1991). Aliás, não é indiferente que se atente na terminologia empregue pelo legislador no artigo 111.º, n.º 2. Esta é exactamente igual à empregue pelo legislador no artigo 131.º, artigo que integra o contexto dos processos cautelares, mais propriamente a modalidade mais sumária do processo cautelar, aquela que visa o decretamento provisório de uma providência cautelar. E assim, optando pelo emprego da mesma expressão nos artigos 111.º, n.º 2, e 131, n.º 4, a lei processual administrativa estabelece que, «quando as circunstâncias o imponham, a audição do requerido pode ser realizada por qualquer meio de comunicação que se revele adequado». E, como teremos oportunidade de verificar, já de seguida, não é de facto irrelevante que o legislador tenha concretizado a mesma técnica no processo sumário de cognição sumária, relativo a direitos, liberdades e garantias, que desemboca numa decisão de mérito, e no processo cautelar comum sumaríssimo, no contexto dos processos de natureza cautelar. Ora, para o apuramento dos factos, não é realmente despiciente que o tribunal opte por proceder à audição do requerido, em audiência ou por meio de telefone. Este aspecto é relevantíssimo para se perceber como neste modelo especial, muito mais simples e acelerado do processo

(1990) Sobre este assunto, M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 287 e 288.

(1991) Neste sentido, como já mencionámos, M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA (*Comentário...*, cit., p. 538) afirmam claramente que os processos urgentes têm um carácter que não se compadece com «o cabal esclarecimento das questões», uma vez que este exige tempo, o tempo necessário à produção de prova e ao exercício do contraditório entre as partes. Para os autores, não é, por isso, aconselhável abusar dos processos urgentes, pois, a celeridade é necessariamente obtida à custa do sacrifício, em maior ou menor grau, de outros valores.

de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, o legislador veio consagrar um desvio sério ao modelo de *plena cognição*, tendo, assim, deste modo, consagrado um modelo de cognição sumária. Além de que a realização da audiência em 48 horas pode traduzir a produção da tal prova restrita, não esgotada ou prova imediata, fazendo com que o juiz tenha de decidir a *quaestio facti* com base em material reduzido quantitativamente.

Ora, como se confirma a partir do aresto do TCA-N de 26.01.2006, processo n.º 1157/05.0BEBRG, é exactamente por acolher um modelo de cognição sumária e por desembocar na emissão de uma decisão de mérito que se justifica o carácter residual e excepcional deste processo urgente. É certo que tal combinação só se justifica pelo facto de o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* concretizar «uma prerrogativa de avaliação», que [segundo VIEIRA DE ANDRADE], deve ser entendida como um poder-dever especialmente destinado à protecção dos direitos fundamentais», [sendo que] não se trata apenas do reconhecimento de uma posição estratégica natural do juiz para adaptação do processo, mas [trata-se] também de uma manifestação da ideia constitucional do juiz como responsável directo pelo cumprimento da Constituição»⁽¹⁹⁹²⁾. E este aspecto não é irrelevante também sob o ponto de vista dos poderes exorbitantes de que o juiz é titular a este nível. Trata-se, sem dúvida, da atribuição de um poder excepcional ao *sujeito-jurisdicional-de-urgência* que o autoriza a afastar o modelo participativo-igualitário de contraditório, por razão da especial urgência e por razão da especial ameaça aos direitos fundamentais.

3. O modelo de *summaria cognitio* de alguns processos urgentes

Em contas simples, cumpre dizer que, por razões de urgência, o *sujeito-legislativo* veio prever no Título IV do CPTA três processos de *cognição plena acelerada* (que se caracteriza sobretudo pela diminuição da duração do contraditório) e uma de cognição sumária. Se assim é no que respeita aos processos urgentes previstos no Título IV, cumpre, de seguida, verificar que, no Título V, o legislador veio consagrar duas formas de cognição sumária para o processo cautelar e uma de *cognição plena abreviada*, que atinge uma dimensão do processo cautelar, prevista no artigo 121.º do CPTA. Ora, como já se apontou nas considerações anteriores, a lei processual administrativa configura a existência de um processo cautelar comum, cujo regime consta dos artigos 112.º e ss. do CPTA, através do qual é possível obter o decretamento de qualquer providência cautelar, conservatória ou antecipatória, que seja

(1992) Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «A protecção...», cit., p. 231.

admitida no contencioso administrativo. Depois, por outro lado, como se apresentou no início deste capítulo, cumpre lembrar que o processo cautelar comum, que desemboca na emissão de uma providência cautelar não especificada, apresenta três dimensões ou três configurações, a saber: uma configuração regra, a do processo cautelar *comum-regra*, cuja disciplina está disposta nos artigos 112.º e ss., e duas configurações comuns específicas, uma que está prevista no artigo 131.º e é apta para desembocar no decretamento provisório e mais rápido de qualquer providência cautelar não especificada, e outra que está configurada no artigo 121.º e é apta para desembocar na antecipação do juízo de fundo de qualquer processo principal, sendo que estas duas últimas variações podem combinar-se com todos os processos principais, com exceção do processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, já que esta forma processual surge como via que pressupõe a exclusão daquelas duas.

Neste sentido, cumpre saber se a diversidade das modalidades de sumariedade procedimental, que são concretizadas em cada um dos subtipos do *processo cautelar-comum-regra*, combina ou não com as modalidades de sumariedade da cognição. E neste sentido, vamos procurar analisar que instrumentos de sumariedade da cognição estão consagrados no processo *sumário-comum-regra*, no processo *cautelar-sumaríssimo* e no *processo-menos-sumário* (e, dizemos menos sumário porque pode transformar-se ou *convolar-se* em processo autónomo de mérito, perdendo as características da acessoriedade-instrumentalidade e de provisoriedade). Vamos, pois, em primeiro lugar, analisar o procedimento instrutório comum do processo cautelar, que é aquele que está previsto nos artigos 114.º e ss. **(3.1.)**. Depois, cumpre apurar os contornos do procedimento instrutório previsto no artigo 131.º do CPTA, que é aquele destinado ao decretamento provisório de uma providência cautelar **(3.2.)**. E, finalmente, cumpre considerar o procedimento instrutório concretizado no processo cautelar menos sumário, enquanto processo que é apto para desembocar numa sentença de mérito **(3.3.)**.

De qualquer modo, é importante sublinhar aqui que não estamos a realçar um traço da natureza dos processos sumários que atente contra a Lei Fundamental. Há jurisprudência do TC que versa sobre o conteúdo do direito de defesa e o princípio do contraditório e realça que os mesmos podem ser legitimamente limitados pelo legislador ordinário, por razões de celeridade e eficácia processual. E, com efeito, a propósito da aplicação de normas que diferem o contraditório para momento posterior à realização da penhora ou do arresto, o Tribunal considera-as conformes com a Lei Fundamental, uma vez que também aqui se invocam razões de celeridade e eficácia para concretizar legítimas restrições ao direito de acesso aos tribunais, especialmente no que con-

cerne à garantia que proíbe a indefesa das partes (1993), admitindo-se, pois, a concretização de desvios (e excepções) ao contraditório (1994). Aliás, concretamente no que se refere à produção de prova, o TC tem entendido que o direito de defesa e o princípio do contraditório não implicam necessariamente a admissibilidade de todos os meios de prova permitidos em qualquer tipo de processo e independentemente do objecto do litígio, sendo que, com a ressalva da restrição proporcionada e adequada, a Jurisdição Constitucional não exclui totalmente a possibilidade de introdução de limitações quantitativas na produção de certos meios de prova — designadamente à admissibilidade de prova testemunhal (1995).

Na verdade, segundo a jurisprudência constitucional portuguesa, o princípio do contraditório e o direito de defesa não são violados por normas que no domínio dos processos cautelares dispensam a audição do requerido antes de decretada a providência ou que o diferem para momento posterior, existindo razões de eficácia da decisão e razões de urgência no decretamento da providência que justifiquem tal desvio (1996). Ademais, mesmo fora deste domínio, o Tribunal Constitucional já considerou igualmente não violadoras desse princípio normas que igualmente diferem o contraditório, seja por estarem em causa decisões meramente provisórias, seja por razões de celeridade e de eficácia» (1997). De qualquer modo, importante é que não haja um sacrifício manifestamente desproporcionado do contraditório ou desde que o diferimento da audição se possa justificar materialmente por razões de eficácia e de celeridade, [exigindo-se, ainda assim, que ele] não limite ou restrinja, de forma intolerável o direito de defesa». Aliás, o mesmo raciocínio é feito pelo Tribunal a propósito da fixação de prazos pelo legislador, uma vez que não se pode impor às partes prazos para a realização de actos processuais tão curtos que envolvam uma diminuição arbitrária ou excessiva dos seus direitos de defesa.

(1993) Sobre este assunto, vd. acórdão n.º 337/99, publ. no *DR*, II série, de 22.07.1999, acórdão n.º 259/00, processo n.º 103/2000, e acórdão n.º 162/00, processo n.º 657/99, publ. in: *DR*, II série, de 22.07.1999.

(1994) Sobre esta questão, vd. acórdão n.º 209/95, processo n.º 133/93, e acórdão n.º 604/95, processo n.º 356/94.

(1995) Sobre este assunto, vd. acórdãos n.º 209/95, processo n.º 133/93, e 604/95, processo n.º 356/94. Vd. tb. acórdão n.º 739/98, publ. in: *DR*, II série, de 08.03.1999, acórdão n.º 598/99, publ. in: *DR*, II série, de 20.03.2000, acórdão n.º 131/02, processo n.º 346/01, e acórdão n.º 373/02, processo n.º 899/98.

(1996) Neste sentido, vd. acórdãos n.º 739/98 e 598/99, publ. in: *DR*, II série, de 08.03.1999 e de 20.03.2000. E vd. tb. o acórdão n.º 131/02, processo n.º 346/01.

(1997) Neste sentido, vd. acórdãos n.ºs 160/00, 259/00 ou 522/00, publ. in: *DR*, II série, de 10.10.2000, 07.11.2000 e 31.01.2001.

3.1. Já vimos que o processo cautelar comum, previsto nos artigos 112.º e ss. configura um processo sumário e isso significa que o seu *modus procedendi* está configurado com simplificação e abreviação quando comparado com o *modus procedendi* do processo que tem por objecto pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de actos ou de normas bem como com o processo que tem por objecto todas as outras pretensões que não devam seguir a forma urgente. Neste contexto, cumpre, pois, verificar que o regime-regra de instrução e produção de prova sofre desvios e excepções quando aplicado no processo cautelar (**3.1.1.**). Assim, cumpre dizer que neste procedimento de instrução e produção de prova não vale o princípio universal dos meios de prova, nem valem certos princípios de prova, designadamente aqueles que se aplicam ao julgamento da prova (**3.1.2.**).

3.1.1. Salvaguardada esta ideia, cumpre avançar, recapitulando momentos do procedimento instrutório, em que vinga o princípio da prova sumária. E tal decorre tanto da limitação dos momentos constitutivos da prova como do rol reduzido de meios de prova que são admitidos no domínio cautelar. Assim, o requerimento deve especificar, de forma articulada, os fundamentos do pedido e o requerente deve oferecer prova sumária da existência dos fundamentos do pedido (artigo 114.º, n.º 2, alínea g)), sendo que, tratando-se do pedido de suspensão da eficácia de um acto ou de uma norma, o requerente deve fazer a prova do acto ou da norma (artigo 114.º, n.º 2, alínea h), do CPTA). Ora, como no processo cautelar comum, o requerente deve logo juntamente com a petição inicial oferecer prova sumária dos fundamentos do respectivo pedido (artigo 114.º, n.º 3, alínea g), do CPTA) ou deve instruir o requerimento com todos os elementos de prova (nos termos do artigo 132.º, n.º 4, do CPTA) e como nas contestações, a entidade requerida e os contra-interessados podem oferecer meios de prova (artigo 118.º, n.º 2), isto significa que a prova documental tem de ser junta com a petição e com a contestação. E, neste contexto, advoga-se a inadmissibilidade legal da junção tardia de novos documentos. E também se considera que a disciplina prevista para o processo cautelar configura uma excepção ao artigo 84.º, não impondo a obrigação de a entidade administrativa remeter para o tribunal o processo administrativo e demais documentos respeitantes à matéria do litígio de que aquela seja detentora. E, na verdade, esta obrigação não existe, nem nos termos do n.º 3 do artigo 8.º do CPTA, nem nos termos do artigo 118.º, n.º 2. Vigam a este propósito os artigos 118.º e 132.º do CPTA, onde o legislador, por razões de urgência, privilegiou a simplificação e a condensação em detrimento da exaustão e da certeza. Assim, a disciplina

prevista para o processo urgente acessório configura uma excepção ao artigo 84.º do CPTA ⁽¹⁹⁹⁸⁾.

E, não obstante na *praxis* se aceitar a junção tardia de documentos, segundo consta, a verdade é que o processo sumário cautelar não contempla esta possibilidade, já que os requerentes devem juntar os documentos necessários no momento inicial, juntamente com a petição, sendo que deve considerar-se vedada ao requerente a possibilidade de requerer a produção de quaisquer meios de prova depois de apresentado o requerimento inicial. E entende-se porquê. De facto, o requerente de uma providência cautelar deve logo no respectivo requerimento inicial especificar os fundamentos do pedido e oferecer prova sumária da respectiva existência, nos termos do artigo 114.º, n.º 2, alínea g). O mesmo deve acontecer nos termos do CPC, já que os artigos 384.º, n.os 1 e 3, e 303.º, n.º 1, prescrevem que o requerente deve, com a petição, oferecer prova sumária do direito ameaçado, oferecer o rol de testemunhas e requerer os outros meios de prova. Conclui-se, pois, que todos os documentos probatórios devem ser apresentados com a petição inicial e todas as provas constituídas devem nesta peça ser requeridas. E aqui já se configura uma restrição aos princípios comuns sobre prova, que se acentuam na medida em que não podem requerer-se outros meios de prova incompatíveis com a urgência e com a natureza provisória da *decisão-de-urgência* a proferir no processo cautelar ⁽¹⁹⁹⁹⁾. É certo que o juiz pode ordenar as diligências de prova que considere necessárias (nos termos do artigo 118.º, n.º 3), incluindo, se o entender, requerer a remessa do processo administrativo e outros documentos, contudo a celeridade exigida limitam os poderes de iniciativa do tribunal. É neste

⁽¹⁹⁹⁸⁾ E, enquanto que no modelo regra (ou ordinário) o autor pode mencionar na petição inicial que os documentos necessários a fazer prova dos factos por si alegados constam do processo administrativo (artigo 78.º, n.º 2, alínea l), do CPTA), já o mesmo não acontece com o modelo especial sumário cautelar. Nestes, o requerente deve logo juntamente com a petição inicial oferecer prova sumária dos fundamentos do respectivo pedido (artigo 114.º, n.º 3, alínea g), do CPTA) ou deve instruir o requerimento com todos os elementos de prova, o mesmo acontecendo na modalidade prevista nos termos do artigo 132.º, n.º 4, do CPTA. Enquanto que no modelo regra (ou ordinário) esta obrigação de enviar o processo administrativo é legalmente imposta sob pena de a sua falta, sem justificação aceitável, determinar que os factos alegados pelo autor se considerem provados, se aquela falta tiver tornado a prova impossível ou de considerável dificuldade (nos termos do artigo 84.º, n.º 5, do CPTA) e sob pena de aplicação de sanções devidas (nos termos do artigo 84.º, n.º 4), no modelo sumário cautelar não existe essa obrigação, sendo referido, aliás, que a entidade administrativa pode oferecer meios de prova na contestação (artigo 118.º, n.º 2).

⁽¹⁹⁹⁹⁾ Entre nós, TERESA MELO RIBEIRO («O risco...», cit., p. 6) refere que «uma tramitação específica dos processos cautelares, aliada ao carácter urgente dos mesmos, impede que sejam aplicados a estes processos alguns dos princípios e das regras processuais típicas das acções normais, nomeadamente o princípio do contraditório».

contexto que se percebe outro tipo de limitações que vamos apresentar. E há abundante jurisprudência do TC que não se opõe a tal limitação. Aliás, pelo contrário, considera que não restringe os princípios de defesa ou do contraditório.

Como sustentámos na Parte II desta dissertação, a *prova sumária* assume um papel determinante nos processos sumários cautelares. E, como fundamentámos, nesse lugar deste trabalho, temos para nós que o conceito de prova sumária só podem ser identificado com o de *prova restrita*, *prova imediatamente disponível* e enquanto *prova líquida*, não devendo ser identificada com prova menos forte ou prova menos convincente. Portanto, no processo cautelar há sempre instrução e produção de prova, sendo que se fala em prova sumária, porque a mesma ou é oferecida de imediato ou deve ser imediatamente produzida. Ora, como veremos, a lei processual administrativa vem confirmar esta ideia. Assim, dispõe a lei processual que o requerimento inicial deve especificar, de forma articulada, os fundamentos do pedido, oferecendo *prova sumária* da respectiva existência, incluindo a prova documental. Sendo que o artigo 118.º, n.º 1, é a confirmação de que o legislador administrativo não optou pela concepção qualitativa de prova *prima-facie* ou seja, enquanto modalidade de prova menos forte ou menos convincente. E na verdade, este tipo de prova que o autor junta na petição inicial é tão forte que, na falta de oposição, é suficiente para formar a plena convicção do juiz, isto é, ela é considerada adequada para que o juiz fique convencido da veracidade dos factos que ela pretende provar. Esta cominação é especial, mas deve aceitar-se por razões de celeridade e efectividade processual. E como vimos, o TC já considerou conforme com a Lei Fundamental este tipo de cominações⁽²⁰⁰⁰⁾. Portanto, nos termos da lei processual administrativa, a prova sumária não é menos convincente é apenas mais restrita, parcial, não esgotada e prova imediata. E é mais restrita porque tem de ser imediatamente junta. E quanto à prova constituenda ela tem de ser oferecida logo no articulado, devendo ser produzida no dia e local designados pelo tribunal, sendo que, tratando-se de prova testemunhal, não haverá adiamento da audiência por falta de testemunhas⁽²⁰⁰¹⁾.

Entendemos, pois, que no processo cautelar a prova sumária deve ser entendida como prova restrita. E assim, também julgamos que, não obstante

(2000) Neste sentido, vd., por exemplo, acórdão do TC n.º 1193/96, que considera conforme com a CRP a possibilidade de condenação, em processo sumário laboral, do réu contestante que falta à audiência de julgamento.

(2001) Aliás, há jurisprudência do TC no sentido de que certas normas que dispensam ou permitem a dispensa da audição de testemunhas não atentam contra os princípios do contraditório e da plena defesa. Neste sentido, vd. arestos do TC n.º 209/95 e n.º 604/95 já citados.

valer para o modelo instrutório ordinário o princípio da universalidade da prova, no processo cautelar nem todas as modalidades deverão ser admitidas. Assim, não fará sentido o depoimento de parte com vista a alcançar a confissão, devendo as declarações de parte ser entendidas como informações prestadas ao juiz. Na verdade, cumpre notar que, uma vez que o depoimento de parte visa a obtenção de confissão, o depoimento de parte se distingue bem do acto de informação ou acto de esclarecimento ao tribunal. Não obstante a parte poder também neste acto emitir declarações confessórias, a verdade é que o acto de prestação de informação ou esclarecimento visa exactamente o esclarecimento da matéria de facto (bem como o esclarecimento da matéria de direito) da causa, de modo a que haja uma perfeita compreensão pelo tribunal do conteúdo das alegações de facto produzidas e dos fundamentos de direito invocados. Temos para nós que nos processos cautelares só esta forma de prestar informações tem sentido. Também as diversas modalidades de prova, designadamente a prova por inspecção e prova por perícia, só devem ser admitidas quando forem compatíveis com a urgência da situação. Em suma, o regime de prova previsto na lei processual administrativa aponta para a ideia de que o processo cautelar é um processo sumário *tout court*, onde não vale o princípio da universalidade de prova, regendo-se pelo princípio da prova sumária, sendo certo que, como sublinhámos, este regime de prova não atenta contra a Lei Fundamental.

3.1.2. Cumpre, neste contexto, perceber se o *processo-cautelar-comum-regra* configura desvios significativos aos princípios que versam sobre a instrução e produção de prova, incluindo os relativos ao julgamento da prova. Já vimos que o princípio do contraditório sofre alguns desvios. E, de facto, para além da verdadeira excepção de que falaremos a propósito da modalidade do processo cautelar consagrada no artigo 131.º, cumpre notar que o princípio do contraditório sofre atenuações, já que não se aceita a junção tardia de documentos, estando vedada ao requerente a possibilidade de requerer a produção de quaisquer meios de prova após a apresentação do requerimento inicial. Julgamos, pois, que estas hipóteses são por si só exemplos de desvios ao pleno contraditório e ao princípio da verdade material. Vinga aqui, na verdade, um outro princípio, que é o da celeridade, que exige que todos os documentos probatórios devem ser apresentados com a petição inicial ou nesta peça requeridos⁽²⁰⁰²⁾. Esta modalidade sumária cautelar constitui também uma excepção aos outros princípios comuns que regem o procedimento probatório ordinário,

(2002) Neste sentido, TERESA MELO RIBEIRO, «O risco...», cit., p. 6.

tal como o previsto no artigo 522.º do CPC, o do valor extra-processual das provas, já que a prova produzida neste processo não tem qualquer valor fora dele, mormente no processo principal. Ora, de acordo com este preceito, algumas provas produzidas num processo podem vir a ser utilizadas noutro processo contra a mesma parte. É o que acontece com os depoimentos de parte ou testemunhais e com os arbitramentos. Ora, o modelo de instrução e produção probatória cautelar consagra uma exceção a este princípio, já que «nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da acção principal» (artigo 383.º, n.º 4) ⁽²⁰⁰³⁾.

Também o julgamento da matéria de facto poder ser realizada e orientada de modo diferente e segundo critérios distintos do que vinculam o juiz de mérito. Na verdade, há autores que chamam a atenção para o facto de os princípios comuns referentes à repartição do ónus da prova sofrerem uma exceção no processo cautelar. Na verdade, há quem entenda que, tratando-se principalmente do decretamento da providência não precedida de audiência contraditória, cabe ao requerente da providência não só o ónus de alegar e provar todos os factos constitutivos do direito que alega ameaçado como também lhe cabe o ónus de provar a não existência de factos impeditivos, modificativos ou extintivos do seu direito, que normalmente compete à parte demandada provar. Ora, como veremos, esta situação configurar-se-á a propósito do decretamento provisório da providência cautelar. Aliás, já o artigo 118.º, n.º 1, aponta para regras distintas de julgamento da matéria de facto, ao estabelecer que se presumem verdadeiros os factos invocados pelo requerente, ao contrário do que acontece no modelo regra da acção administrativa especial. Também aqui o artigo 118.º, n.º 1, fixa um regime da repartição do ónus da prova diferente do estabelecido na acção administrativa comum e especial: assim, na acção administrativa especial a falta de contestação ou a falta de impugnação especificada não importa confissão dos factos articulados pelo autor, devendo o tribunal apreciar livremente essa conduta para efeitos probatórios, nem o não envio do processo administrativo importa a confissão dos factos articulados pelo autor, a menos que do não cumprimento do dever resulte a impossibilidade de prova ou surja um acréscimo considerável de dificuldade (artigos 83.º, n.º 4, e 84.º, n.º 5). Já no processo cautelar, a falta de oposição acarreta a presunção de veracidade dos factos invocados pelo requerente (artigo 118.º, n.º 1, do CPTA). E também interferindo com as regras de julgamento da prova, há autores, como CAVALLONE, que consideram que o juiz cautelar está vulgarmente autorizado a servir-se do «balanço de

⁽²⁰⁰³⁾ Também neste sentido, TERESA MELO RIBEIRO, «O risco...», cit., p. 6.

interesses opostos», uma vez que na sua cognição deve ser tida em conta a finalidade das providências a emitir e os efeitos que decorrem das mesmas. E, portanto, invocando tal lógica especial de julgamento da prova cautelar, tal significa que, na dúvida quanto à verificação dos pressupostos de uma certa providência cautelar, tendo sido realizada uma instrução simplificada, o juiz deverá decretar — ou recusar — a providência solicitada tendo por base uma ponderação de custos/benefícios. Num género de repartição especial do ónus da prova, chegando o juiz a um estado de *non liquet*, a providência cautelar poderá ser recusada ou deferida conforme o resultado do balanço de conveniência a efectuar. É certo que, no artigo 120.º, no contexto dos critérios de decisão, a lei processual administrativa considera que, com excepção das situações especiais de evidência, configuradas no n.º 1, alínea a), daquele preceito, o tribunal deva ponderar os interesses públicos e privados, em presença, decretando ou indeferimento a providência requerida quando os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa. E esta disposição pode, sem dúvida, pelo menos numa primeira leitura, ser, assim, compreendida. Afinal, sempre pode ler-se no artigo 120.º, n.º 2, que, não existindo *quase certeza* quanto à solução a dar à *quaestio facti* e quanto à *quaestio iuris*, a ponderação de interesses pode funcionar como critério especial de decisão, devendo o tribunal decidir a favor da parte cujos interesses são *medio tempore* susceptíveis de maior lesão. Ver em tal preceito um critério especial de decisão, com relevância em termos de regra de prova, é uma leitura possível também entre nós.

3.2. É, contudo, na modalidade sumariíssima do processo cautelar comum, prevista no artigo 131.º do CPTA que o *sujeito-legislativo* veio instituir as modalidades mais ostensivas de sumariedade da cognição, sendo que as mesmas se justificam pela situação especial de urgência e pelo decretamento provisório da tutela cautelar, podendo tal configuração decorrer officiosamente pelo juiz ou pelo relator, sempre que a petição permita reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível do direito, liberdade ou garantia ou outra *situação-especial-de-urgência-atípica*. Traduzindo-se num processo que inclui fundamentalmente dois momentos, um sem contraditoriedade e outro com diminuição dela, esta modalidade do processo cautelar comum visa sobretudo assegurar que qualquer uma das providências cautelares a decretar, uma providência conservatória ou uma antecipatória, seja emitida de imediato, numa fase inicial do processo cautelar, *id est*, seja emitida logo após a apresentação do requerimento inicial, num momento prévio àquele que é normalmente tido como o momento certo para o decretamento de qualquer providência cautelar. Nesta modalidade do processo cautelar comum, antecipa-se, pois, provisoriamente, o momento de decretamento da própria providência cautelar, uma vez

que, existindo uma especial urgência, designadamente, por estar em causa a lesão iminente e irreversível de direitos, liberdades e garantias, se receia que a demora do próprio processo cautelar comum seja a causa do dano e acresça à ameaça de lesão aos direitos e interesses em causa invocados. Claro está que, após o decretamento provisório da providência cautelar, que, como se apontou, surge numa primeira fase deste processo, ou na fase daquele que pode ser classificado como procedimento *inaudita altera parte*, se segue um segundo momento com vista a obter a confirmação da providência cautelar ou o seu levantamento, seguindo-se finalmente, numa segunda fase, os trâmites do processo cautelar comum para obter a providência cautelar definitiva, isto é, a providência que deverá permanecer até que seja decidido o processo principal. Como se percebe, o artigo 131.º consagra um processo cautelar sumaríssimo que surge enxertado no processo sumário cautelar comum.

Como apontámos, o processo cautelar consagrado no artigo 131.º é um processo que ganha em simplificação e abreviação quando comparado com o processo cautelar comum. Na verdade, entre outros aspectos previstos nas disposições aplicáveis, destacam-se os seguintes pontos característicos: o decretamento provisório da providência pode ser emitido tanto a pedido do particular como oficiosamente. Ora, este aspecto não é irrelevante para quem, como nós, pretende classificá-lo como processo sumário *tout court*, uma vez que o tribunal, oficiosamente, pode optar por esta via sumaríssima quando entenda (e sempre que entenda) que estão preenchidos os seus pressupostos, sendo que o decretamento da providência cautelar deve acontecer em 48 horas, quando esteja em causa a iminência de lesão. O requerimento inicial deve especificar, de forma articulada, os fundamentos do pedido, devendo o autor oferecer *prova sumária* da respectiva existência, incluindo a prova documental pertinente de que disponha. Depois de distribuído, o processo é concluso ao juiz ou relator com maior urgência (artigo 131.º, n.º 2). O juiz ou relator deve colher apenas os elementos a que tenha acesso imediato e dispensar quaisquer outras formalidades ou diligências (artigo 131.º, n.º 3), para assim poder decidir de imediato. Quando as circunstâncias o imponham, designadamente por ser controvertida a matéria de facto ou porque necessita de informação nova ou de confirmação de informação já adquirida, o juiz ou relator podem proceder à audição do requerido, por qualquer meio de comunicação que se revele adequado (artigo 131.º, n.º 4). Posteriormente, depois de decretada provisoriamente a providência, que aliás, não é passível de impugnação (artigo 131.º, n.º 5), e depois de notificada para imediata execução, as partes devem pronunciar-se sobre a possibilidade do levantamento, manutenção ou alteração da providência. A entidade demandada intervém vulgarmente neste momento para apresentar a sua defesa, exercendo assim o contraditório até então passível de afastamento. É, finalmente, concluso o processo ao juiz, para,

em cinco dias, proferir decisão final neste processo sumaríssimo, em termos que deve ser emitida uma decisão que confirme ou não o decretamento provisório da providência, estendendo a vigência desta providência até final do processo cautelar — momento, este sim, em que deverá ser emitida a providência cautelar, dita normal, já que, depois de terem sido seguidos os trâmites aplicáveis ao processo sumário cautelar comum, designadamente os previstos a partir dos artigos 117.º e ss. e especialmente aqueles que concernem à produção de prova, o juiz vai finalmente determinar a providência que deverá vigorar e produzir efeitos até que seja proferida decisão final no processo principal ⁽²⁰⁰⁴⁾.

Ora, em primeiro lugar, cumpre notar que o processo cautelar sumaríssimo se configura num primeiro momento como um processo de cognição unilateral ou procedimento *inaudita altera parte*, e, por isso, é nele concretizada uma exceção ao princípio do contraditório, através da técnica do contencioso invertido, que como vimos configura uma modalidade privilegiada de concretização da *summaria cognitio* (3.2.1). Estão também consagradas neste normativo outros desvios às regras de prova, em termos que se consagra uma restrição e uma ampliação (3.2.2). Aliás, o processo sumário cautelar mais simples concretiza diversas modalidades de sumariedade cognitiva, para além daquele de que já falámos. O poder instrutório do juiz é aqui moldado com carácter excepcional, susceptível de desequilibrar o modelo participativo-igualitário do contraditório (3.2.3).

3.2.1. Apurado que a técnica da inversão do contencioso (ou técnica do processo de cognição unilateral ou procedimento *inaudita altera parte*) configura uma exceção/derrogação ao princípio do pleno contraditório e concretiza uma modalidade da sumariedade da cognição, cumpre notar que esta técnica secular de decretamento de tutela de urgência em situações de iminente ameaça de lesão está consagrada numa modalidade do processo cautelar comum, mais propriamente na primeira fase do processo sumário cautelar mais simplificado, o previsto no artigo 131.º do CPTA, que institui, com efeito, uma modalidade processual especial para obter, numa situação especial de urgência, o decretamento de uma providência cautelar. Traduzindo-se num processo que inclui fundamentalmente duas fases, a primeira termina liminarmente sem que se cumpra o princípio do contraditório. Ora, este procedimento traduz, sem dúvida, o tipo de procedimento que os antigos classifi-

⁽²⁰⁰⁴⁾ Sobre este assunto, vd. JORGE M. L. DE SOUSA, «Notas práticas sobre o decretamento provisório de providências cautelares», CJA, 47, 2004, pp. 45 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 323 a 326.

cavam de *procedimento inaudita altera parte* — um procedimento que termina com um decisão com natureza *interlocutória*, que é desde sempre reconhecido nos modelos de tutela urgente e que, sendo positivado nos processos de arresto, restituição provisória de posse e suspensão dos órgãos sociais, não tem sido considerado violador dos preceitos constitucionais (2005). É certo que na fase seguinte há já reposição do contraditório (2006). Mas, de qualquer modo, num primeiro momento, o *processo-cautelar-comum-sumaríssimo* consagra uma verdadeira excepção ao princípio do contraditório. E, neste caso, esse desvio é justificado sobretudo pela necessidade de assegurar que a decisão cautelar seja emitida de imediato, numa fase inicial, logo após a apresentação do requerimento inicial, num momento prévio àquele que é normalmente tido como certo para o decretamento da providência cautelar. Sendo iminente a lesão e constituindo a ameaça de lesão na produção de efeitos irreversíveis, e daí advém a especial urgência, quer esteja em causa a tutela de direitos, liberdades e garantias ou não, o objectivo é antecipar provisoriamente, no próprio processo cautelar, o momento de decretamento da própria providência, uma vez que, existindo uma especial urgência, até a demora do próprio processo cautelar comum se configura como susceptível de causar um dano irreversível aos direitos ameaçados.

Assim, a técnica do contencioso invertido está consagrada no contencioso administrativo e este é um dos instrumentos mais seguros da previsão legal da sumariedade cognitiva na categoria da tutela de urgência, surgindo como uma excepção ao princípio do contraditório: um princípio estruturante do direito processual civil e do processo administrativo. Na verdade, tido como uma decorrência do princípio da igualdade das partes, estabelecido no

(2005) Cumpre evidenciar os acórdãos do TC n.º 337/99, n.º 131/02 e n.º 373/02, já citados.

(2006) Como já apontámos, temos para nós que há uma semelhança de sumariedade procedimental entre o processo previsto no artigo 131.º e o previsto no artigo 128.º de CPTA. Em nosso entender, o actual regime referente ao processo de suspensão da eficácia de actos também consagra um desvio ao modelo participativo e igualitário do contraditório. Assim é, se, tal como alguma jurisprudência tem esclarecido, se deva entender que depois de a entidade administrativa vir, mediante resolução fundamentada, reconhecer que o diferimento da execução seria gravemente prejudicial para o interesse público, não for garantido o contraditório ao requerente, em termos que este se possa opor às razões avançadas pela entidade administrativa. Temos para nós que deve ser dada a possibilidade ao requerente da suspensão da eficácia do acto para se pronunciar sobre as razões de interesse público na imediata execução do acto apresentadas pela entidade administrativa na sua resolução fundamentada, pois, a decisão cautelar antecipada pode ser por si mesma suficiente para destruir qualquer utilidade que o requerente venha a obter com a prolação da sentença principal — uma vez que pode muito bem ter-se já formado uma situação de facto consumado, naquele instante.

artigo 3.º-A do CPC e artigo 6.º do CPTA, este princípio possui um conteúdo multifacetado: por um lado, ele atribui à parte não só o direito ao conhecimento de que contra ela foi proposta uma acção ou requerida uma providência e, portanto, nesta perspectiva, o direito do contraditório traduz um direito à audição antes de ser tomada qualquer decisão. Por outro lado, ele corresponde a um direito a conhecer todas as condutas assumidas pela contraparte e a tomar posição sobre elas. Neste contexto, o direito do contraditório corresponde ao direito de resposta. Ora, como se percebe, este princípio tem, pois, pelo menos, duas manifestações: uma primeira significa que não podem ser tomadas quaisquer providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida (artigo 3.º, n.º 2, do CPC) e a outra pressupõe o seu cumprimento e observância ao logo de todo o processo, de tal modo que o juiz não deve decidir sobre questões de direito e de facto sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem, salvo caso de manifesta desnecessidade de tal audição (artigo 3.º, n.º 3, do CPC). Ora, entre nós, os processos urgentes consagram normalmente desvios (no sentido de atenuações), e alguns processos urgentes consagram mesmo uma excepção clara a este princípio — uma excepção já prevista no artigo 3.º, n.º 2, do CPC. Assim, como verificámos, no contexto da lei processual civil e a propósito do procedimento cautelar comum, o tribunal só ouvirá o requerido se a audiência não puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência (artigo 385.º, n.º 1), sendo que a restituição provisória da posse e o arresto são decretados sem a audiência da parte requerida (artigos 394.º e 408, n.º 1). E, como se percebe pelas disposições constantes da lei processual administrativa, esta excepção também está consagrada no contencioso administrativo. E ela existe verdadeiramente numa modalidade especial do processo cautelar comum, naquela que surge desenhada no artigo 131.º por razões de especial urgência. Em contas simples, percebe-se que, quando comparado com o modelo ordinário, o contraditório deste processo sumário cautelar sofre limitações e perde a sua fisionomia tríada e, nessa perspectiva, e neste sentido ele assume-se como unilateral e a cognição que nele se realiza é naturalmente configurável como cognição sumária parcial, pois, as alegações factuais da contraparte (factos impeditivos, modificativos ou extintivos que poderão ser opostos por este) ficam de fora da cognição do juiz, pelo menos num primeiro momento. Portanto, assumimos que a particular configuração do contraditório se reflecte na própria estrutura da instrução probatória, determinando a sumariedade da cognição.

Enfim, sendo esta a regra, a do não cumprimento do princípio do contraditório, esta configuração da sumariedade cognitiva resultará também do facto de o juiz estar obrigado a decidir tendo por base os elementos colhidos a que tenha acesso imediato e sem que possa proceder à realização de outras

diligências. E, assim, ainda que entenda que as circunstâncias o obrigam a proceder à audição do requerido, essa audição traduzirá sempre uma diminuição significativa do contraditório. E isto porque, por um lado, cumpre ao juiz determinar a forma especial para proceder à audição do requerido, podendo o meio de comunicação ser aquele que se adequar à urgência do caso (artigo 131.º, n.º 4), e, por outro lado, cumprindo ao juiz decidir realizá-la, sem ter de ouvir as partes quanto à concretização dos termos e à configuração dessa modalidade de audição, esta modalidade de audição à distância traduz por si só uma diminuição do contraditório. E depois, quanto à decisão de levantamento, manutenção ou alteração da providência, a *diminuição do contraditório* mantém-se, uma vez que o juiz tem apenas cinco dias para decidir, não podendo ordenar a realização de significativas diligências de prova, sendo que as partes terão tido apenas cinco dias para se pronunciarem sobre a decisão cautelar interlocutória. Aliás, não sendo possível ao requerente solicitar a produção de qualquer meio de prova, parece que ao requerido, estando a exercer o contraditório pela primeira vez, também só é permitido juntar prova sumária, ou seja prova imediatamente disponível.

3.2.2. E, de igual modo, concretiza a *prova sumária* ou prova *prima-facie*, por contraste com a prova *stricto sensu*. E este configura um importante elemento caracterizador da cognição sumária. Na verdade, o artigo 131.º consagra um modelo urgentíssimo de instrução probatória do processo cautelar. Constitui, pois, um regime especial, determinado fundamentalmente por uma especial urgência, designadamente, por estar em causa a possibilidade de lesão iminente e irreversível de direitos, liberdades e garantias ou uma situação de *especial urgência atípica*. A prova *prima-facie* é claramente aqui entendida como prova restrita, não esgotada, prova imediata e prova líquida. E, para além do que vamos dizer, cumpre trazer à colação o artigo 118.º, n.º 1: na falta de oposição, presumem-se verdadeiros os factos invocados pelo requerente. Falamos aqui de prova restrita, portanto. E, assim, a especialidade de prova, resulta do facto de o requerimento inicial dever especificar, de forma articulada, os fundamentos do pedido, oferecendo prova sumária da respectiva existência, incluindo a prova documental pertinente. Depois de distribuído, o processo é concluso ao juiz ou relator com maior urgência (artigo 131.º, n.º 2). E o juiz ou relator deve colher apenas os elementos a que tenha acesso imediato e dispensar quaisquer outras formalidades ou diligências (artigo 131.º, n.º 3). Em nosso entender, está aqui consagrado, tanto na primeira fase como na segunda fase do processo sumaríssimo cautelar um modelo de *summaria cognitio*, uma vez que o legislador vem permitir que a realidade dos *facta alligata* seja demonstrada em juízo através de *provas leviores* ou prova sumária, sendo esta expressão utilizada, aqui, agora, em sentido restrito, enquanto prova

prima-facie, isto é, prova contrária a prova *stricto sensu*, isto é, prova restrita, não esgotada, prova disponível, prova líquida, no sentido de que a redução que ela traduz é de natureza quantitativa. Assim, o legislador fala em prova sumária, designadamente prova documental pertinente. O legislador refere-se ao facto de o juiz dever ter em conta os elementos a que tenha imediato acesso. Isto é a prova sumária. Depois, se entender que as circunstâncias o exigem, porque não fica satisfeito com os elementos a que teve acesso, pode procurar ouvir o requerido por qualquer meio de comunicação que se revele adequado. Ora, como já enunciámos, cumpre, pois, ao juiz determinar esta forma excepcional de realizar o contraditório. E este exemplo é também mais um sinal da concretização da técnica da sumariedade da cognição, porque pode interferir com o modelo igualitário de contraditório.

3.2.3. E avançando um pouco mais, mas tendo em conta o que afirmámos, a cognição sumária decorre igualmente de esta ser um tipo de cognição que é desenvolvida segundo um procedimento instrutório informal e através de tipos de prova considerados não normais ou não comuns, sendo que este conceito de *prova atípica é sinónimo de prova sumária* quando a sua concretização depende do poder discricionário do juiz, sendo que dessa concretização pode resultar um desequilíbrio do modelo participativo-igualitário do contraditório, sendo suficiente para o efeito que haja uma restrição ou ampliação de prova. Na sequência do que se afirmou, cumpre notar que a *summaria cognitio* também decorre do facto de o juiz ter poderes instrutórios excepcionais. E, na actualidade, os sistemas processuais permitirem a atribuição ao juiz da urgência de poderes especiais de prova. Na verdade, numa lógica de hegemonia do inquisitório sobre o dispositivo e da oficiosidade sobre o princípio da livre disponibilidade das partes quanto à prova (lógica da *discricionariedade-inquisitorialidade-oficiosidade*), o código de processo civil e o CPTA prevêm normas que consagram a possibilidade de o juiz ordenar oficiosamente a realização de prova, se considerar necessário, atribuindo-lhe poderes especiais para o efeito, incluindo o poder de determinar a *prova atípica* — na senda da tradição italiana das «informações sumárias». E assim acontece de forma excepcional no processo cautelar, especialmente no procedimento instrutório mais rápido.

Assim, nos termos do artigo 131.º, n.ºs 3 e 4, do CPTA, o juiz tem um poder significativo, de oficiosamente, decretar provisoriamente a providência, podendo se tal for necessário, considerar os elementos de prova a que tenha imediato acesso ou realizar a audição do requerido por qualquer meio de comunicação que se revele adequado. Ora, depois de termos apresentada a possibilidade de neste processo se realizar e produzir prova sumária, cumpre perceber que a sumariedade da cognição também resulta da concretização oficiosa de *prova atípica*, isto é, de modalidade de *prova não comum* e indetermi-

nada, sendo que tal tipo de prova pode desequilibrar o modelo equilibrado do contraditório, podendo traduzir-se na recolha informal de informação (sem que sejam seguidos os termos e as formalidades previstas na lei), na realização de meios de prova *deformalizados*, ordenados officiosamente através de terceiros ou sobre terceiros (o que pode incluir a audição de terceiros, a exibição de documentos, a inspecção de locais e a busca de informação junto de forças policiais ou da Administração Pública).

Assim, dispõe o n.º 4 do artigo 131.º que o juiz ou relator deve colher apenas os elementos a que tenha acesso imediato e dispensar quaisquer outras formalidades ou diligências. E se entender, porque as circunstâncias o impõem, o juiz ou relator pode proceder à audição do requerido por qualquer meio de comunicação que se revele adequado. Ora, pensamos que nestes casos, a audição oral pode realizar-se por um qualquer meio de comunicação, sendo certo que, e este é o aspecto relevante, a determinação deste meio de audição para que o juiz proceda à recolha de informação através da inquirição directa da entidade requerida ou de terceiros não depende da aceitação ou assentimento das partes, pelo que há aqui um poder especial de instrução probatória por parte do juiz, que ultrapassa o modelo participativo-igualitário de contraditoriedade, já que este tem liberdade para a realizar e tem liberdade para determinar como a concretizar.

3.3. Finalmente, cumpre perceber em que é que se traduz o procedimento instrutório do processo cautelar com antecipação da decisão da causa principal. Ora, este procedimento pressupõe, com certeza, um regime jurídico especial, na medida em que, por um lado, deve existir uma disciplina específica que concretize um processo sumário, com todas as características de que já falámos, e, por outro lado, deve existir uma disciplina especial de prova que seja adequada para potenciar a resolução definitiva da questão litigiosa. Ora, compreende-se, pois, que esta modalidade do processo cautelar comum, consagrada no artigo 121.º do CPTA, seja um misto de sumariedade procedimental e de instrução e produção de prova *pouco-sumária*, uma vez que a lei processual administrativa determina tanto que o processo seja simplificado e abreviado como também impõe a necessidade de o juiz ter na sua posse os elementos necessários para poder antecipar o juízo sobre a causa principal. De facto, já vimos em que termos o legislador veio configurar esta modalidade do processo cautelar e em que termos concretiza a sumariedade procedimental. Assim, por ser uma modalidade do processo cautelar comum, o seu *modus procedendi* surge configurado de forma simplificada e abreviada logo por determinação legal e surge também por causa da técnica da indeterminação estrutural do processo, uma vez que a adaptação e a transformação do processo surge por iniciativa officiosa e por o juiz entender que, à luz de todos os elementos

de que dispõe, há a manifesta urgência na resolução do caso, por a situação não se compadecer com a adopção de uma simples providência cautelar (que seja provisória) e por ter à sua disposição todos os elementos probatórios necessários para poder proceder ao julgamento completo da questão jurídica.

Como vimos, entre outros aspectos previstos nos artigos 112.º e ss. e no artigo 121.º, relativos ao *modus procedendi* deste *processo urgente atípico*, há aspectos que realçam a diminuição do contraditório num primeiro momento. Assim, o requerimento inicial é acompanhado de toda a prova documental pertinente, seguindo-se um despacho liminar de admissão ou rejeição, com possibilidade de correcção do requerimento inicial. Há igualmente citação simultânea da entidade requerida e dos contra-interessados, se os houver, e apresentação de contestações, acompanhadas de elementos de prova necessários. Haverá produção de prova, ordenada pelo juiz, quando necessária ou requerida pelas partes nas respectivas peças processuais. E, desde que tenham sido trazidos ao processo todos os elementos necessários para a prolação de uma decisão de mérito, o juiz procede à audição das partes por dez dias para que estas se pronunciem sobre a antecipação do juízo sobre a causa principal. Ouvidas as partes quanto à questão da decisão da antecipação do juízo sobre a causa principal, o juiz profere decisão final ⁽²⁰⁰⁷⁾.

O que resulta daqui? Duas coisas: que é forçoso perceber, em primeiro lugar, que se tem aqui em conta uma realidade não tão invulgar quanto poderia parecer à *partida* e que tem que ver com o facto de, por vezes, a produção de prova no processo cautelar ter muito pouco de prova sumária, isto é, de prova sumária entendida à luz dos cânones clássicos, *scilicet* prova de verosimilhança, ou prova menos convincente, ou prova perfunctória ou tipo de prova que apenas é adequado para demonstrar uma aparência de realidade. Na verdade, é fácil esgotar quantitativamente no processo cautelar toda a prova, em termos que normalmente se alcança no processo cautelar a prova necessária para ditar a decisão de mérito. Portanto, a *summaria cognitio* da actualidade tem pouco ou nada a ver com a clássica prova *prima-facie* e a análise do pressuposto referente à pretensão jurídica acautelanda que é o fundamento da causa principal tem muito pouco de análise superficial e de procura do *fumus boni iuris*, em termos que, como já escrevia há muitos anos GARCÍA DE ENTERRÍA, este pressuposto não é analisado pelo juiz através do seu olfacto. Depois, e tendo em conta que se tem em vista, nomeadamente, a situação em que «a natureza das questões e a gravidade dos interesses envolvidos (...) não se compadecem com a adopção de uma simples providência cautelar», esta é uma situação em que se prescinde, por absolutamente inútil, da instauração de uma acção principal ou da sua continuidade.

(2007) Sobre este tema, vd. aresto do TCA-N de 26.07.2007, processo n.º 3160/06.3BEPRT.

Neste contexto, cumpre, pois, notar que o procedimento instrutório desta modalidade do processo cautelar apresenta uma configuração muito distinta, regendo-se, apenas, em alguns momentos, pelos mesmos princípios e pelas mesmas regras que se aplicam ao procedimento cautelar comum. Se quanto à prova sumária ela ainda se aplica, uma vez que as partes devem oferecer a prova respectivamente com as suas peças, petição e contestação, devendo juntar a prova documental pertinente e requerer a produção de prova, designadamente testemunhal, cumpre, contudo reconhecer que pode existir uma ampliação de prova neste processo cautelar. Então, cumpre notar que esta figura vem anular não só o sentido tradicional de sumariedade como o conceito de provisoriedade associado àquele. Afinal, a possibilidade de realização de certos elementos de prova no processo cautelar, pense-se na prestação de depoimentos que desemboca na confissão e na apresentação de documentos autênticos, que façam prova plena dos factos, e cuja falsidade não tenha sido arguida, parece ser de admitir neste procedimento instrutório. Bem como se aceita que o juiz requeira a remessa do processo administrativo e dos demais documentos respeitantes à matéria do processo de que a entidade pública seja detentora. Fazendo aplicar o princípio da cooperação e boa fé processual, em termos que os intervenientes no processo devem concorrer para que se obtenha com brevidade e eficácia a justa composição do conflito, *ex vi* do artigo 8.º do CPTA, tal princípio encontra novos contornos quando entendido nos termos dos artigos 118.º, n.º 3, e 121.º, produzindo uma ampliação de prova. E, para além disto, este procedimento instrutório rege-se também por princípios distintos. Ora, desde logo, é possível carrear a prova produzida no processo cautelar e empregá-la no processo principal, *rectius*, processo cautelar convolado, subvertendo a regra da provisoriedade e a regra constante dos princípios de prova, designadamente daquele segundo o qual «o julgamento da matéria de facto no processo cautelar não tem qualquer influência no julgamento da acção principal».

Ora, daqui resulta que estes meios de prova afastam definitivamente aquela concepção clássica de *summaria cognitio*, entendida como cognição *superficial* ou *perfunctória*, destinada a apurar o *fumus boni iuris* e a formar um juízo hipotético ou juízo de mera verosimilhança. Esta é a prova que nos faltava para afastar definitivamente tal concepção do contencioso administrativo, pois, a actual *summaria cognitio* tem mais que ver com redução quantitativa da prova do que com a impossibilidade de o tribunal decidir a *quaestio iuris* subjacente no processo principal, já que esta impossibilidade advém das características da acessoriedade-instrumentalidade e da provisoriedade. De facto, há hoje uma tendência na doutrina para considerar que pode existir redução de prova e igual convicção do tribunal quanto à veracidade do

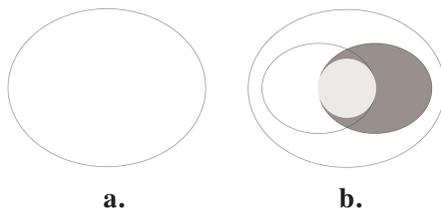
factos alegados, em termos que um só meio de prova documental pode ser suficiente para formar a plena convicção do tribunal quanto à veracidade do facto a provar.

E, assim, esta ideia também nos permite aceitar com mais facilidade que, durante o processo cautelar, haja esgotamento da prova e haja a possibilidade de o juiz formar a total convicção quanto à veracidade dos factos alegados, sendo suficiente que o *thema decidendum* do processo urgente coincida (em amplitude) com o do processo principal e o *thema probandum* daquele processo não tenha sofrido restrições, bastando para o efeito que se entenda que nenhum facto relevante para a decisão da causa principal tenha ficado sem prova, devendo a prova realizada até ao momento ser considerada suficiente. De qualquer modo, sendo certo que no processo cautelar não pode existir um exame de conclusência em sentido próprio, pois, a aplicação do direito material aos factos não é um exercício conclusivo e fechado, o que varia nesta modalidade do processo urgente atípico é exactamente a possibilidade de se produzir toda a prova necessária para decidir a questão de facto e de direito, sendo que também o exercício de subsunção completa dos factos às normas substantivas se faz com a autorização por parte do *sujeito-legislativo*, uma vez que este legitima o *sujeito-jurisdicional* a anular as características da *acessoriedade-instrumentalidade* do processo e a ultrapassar a provisoriedade da decisão.

Assim surge configurado no seio do Título V um *novo processo urgente atípico*, que resulta da convolução do processo cautelar no processo principal. Um processo metamorfoseado, criado *ad hoc* pelo juiz, em que a prova carreada para o processo cautelar é de tal modo já esgotada que é suficiente para demonstrar a veracidade da situação jurídica alegada pelo requerente na causa principal, sendo, assim, possível, num segundo momento, proceder ao exame de conclusência completo e definitivo. Enfim, sem prejuízo do que se dirá ainda, cumpre reconhecer que este processo sumário se transforma em processo que é apto para desembocar numa decisão definitiva, sendo o juiz autorizado a antecipar o julgamento completo e definitivo da *quaestio iuris* por razões de urgência. Neste aspecto, e com a excepção do tipo de direitos que são tuteláveis em cada um deles, poucas são as razões para distinguir este processo do processo sumário de intimação para a protecção de direitos, liberdade e garantias.

Enfim, neste contexto, podemos dizer que, a partir de uma consideração que atende ao perfil estrutural, o modelo de tutela urgente previsto no Título IV do CPTA e o modelo de tutela urgente consagrado no Título V do CPTA se podem representar por dois círculos sobrepostos, sendo que ambos representam duas modalidades de uma (mesma e única) categoria de tutela de urgência (ou *summaria cognitio*), aqui representada pelo círculo b.,

que se opõe à categoria da tutela de *plena cognitio* (aqui representada pelo círculo a.).



§ 3. A CONCRETIZAÇÃO DA COGNIÇÃO SUMÁRIA CAUTELAR E DA COGNIÇÃO SUMÁRIA NÃO CAUTELAR NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Razão de ordem: 0. Introdução. **1.** O julgamento da matéria de facto e o julgamento da matéria de direito nos processos sumários. **2.** O julgamento da matéria de facto e o julgamento da matéria de direito nos processos cautelares. **3.** O julgamento da matéria de facto e da matéria de direito nos processos previstos nos artigos 109.º, 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA

0. Introdução

Apurámos até ao momento que todos os processos previstos nos Títulos IV e V da lei processual administrativa são processos sumários e que de entre estes só alguns são processos *sumários de cognição sumária* ou *processos sumários tout court*. E, assim, por outras palavras, concluímos que são várias as modalidades de sumariedade procedimental concretizadas nos processos previstos nos Títulos IV e V do CPTA e são, de igual modo, diversos os instrumentos que concretizam a sumariedade cognitiva. E, a partir deste conjunto, também se pôde concluir que da concretização das modalidades de cognição sumária resulta a restrição do conhecimento do *thema decidendum* do processo em causa. Enfim, chegamos, pois, a uma nova etapa do nosso estudo que é o de saber se é possível afirmar que tais modalidades e instrumentos de sumariedade concretizados em alguns dos processos previstos nos Títulos IV e V do CPTA influem ou não na qualidade do *accertamento* final. E é um facto que a cognição sumária se contrapõe a cognição plena pelo facto de aquela se configurar como incompleta, em termos que o *thema probandum* do processo sumário padece de especificidades e limitações. Agora a partir daqui, cumpre perceber se o conceito de *summaria cognitio* também é sinónimo de «juízo sumário» — um tipo de *accertamento* que por razões de urgência se opõe ao «juízo pleno» (1).

Assim, e sem prejuízo de afirmarmos que a actividade lógica-jurídica exercida pelo juiz da urgência não difere da actividade judicial exercida pelo juiz em qualquer causa, uma vez que perante a pretensão do requerente, o juiz cautelar vai verificar se estão reunidos os pressupostos de que a lei faz depender a concessão da decisão de urgência, ainda assim cumpre verificar que o julgamento da questão jurídica no âmbito do processo cautelar padece de uma significativa especificidade (2.). E esta especificidade, que decorre da acesoriedade-instrumentalidade do processo cautelar e da provisoriidade da decisão cautelar, já não se verifica nos demais processos de cognição sumária contemplados nos Títulos IV e V do CPTA (3.).

1. O julgamento da matéria de facto e o julgamento da matéria de direito nos processos sumários

Como vimos, para a doutrina tradicional, a urgência é um factor que determina tanto a sumariedade procedimental como a sumariedade cognitiva e estas pressupõem obrigatoriamente a formação de um juízo sumário, entendido este como «um juízo menor», às vezes também classificado como juízo hipotético, um *accertamento* tão fraco que, quando comparado com o «pleno», não chega a ser sequer passível de qualificação como *accertamento*. E, como também vimos, a doutrina mais recente tende a contrariar as posições da doutrina clássica e tende, assim, a associar a prova sumária a modalidades de prova restritas, entendidas estas como suficientes para demonstrar a realidade de um facto, sendo que, em termos de medida de prova, esta é apta a formar um grau de probabilidade que seja suficiente para decretar uma decisão de urgência, seja ela provisória ou definitiva, sendo que o grau que é necessário para a emissão da *decisão-de-urgência-provisória* corresponde ao mínimo de probabilidade possível: a preponderante. Contudo, se assim é para alguns sectores da doutrina, e se, por razões de urgência e para decretar uma decisão provisória, se aceita que o juiz julgue a matéria de facto de acordo com parâmetros distintos dos ordinários, também há quem entenda que a urgência não pode interferir com o julgamento da questão de direito, já que, em qualquer caso, o exame de conclusência é completo, mas não conclusivo, sendo certo também que, para um sector da doutrina, o exame de conclusência a realizar no processo cautelar nunca pode ser senão provisório ou *não-definitivo*.

Vejam, pois, o buslís da questão, que é saber se concordamos com a posição que vai no sentido de indicar elementos especiais determinantes que possam impor condicionantes qualitativas quer no julgamento da matéria de facto quer no momento do julgamento da matéria de direito nos processos urgentes, mormente nos processos cautelares. Ou, dizendo o mesmo por outras palavras, chegou à altura de saber se há alguma disposição na lei pro-

cessual administrativa que determine alguma especificidade quanto ao julgamento nos processos urgentes por contraste com o julgamento nas acções ordinárias. Enfim, por outras palavras ainda, cumpre, pois, perceber se há alguma diferença entre o *accertamento* das causas urgentes e o *accertamento* das causas que seguem o modelo de tramitação ordinário e tramitam segundo as formas gerais de AAE e de AAC.

Temos para nós que a actividade lógica-jurídica exercida pelo juiz no processo urgente não difere da actividade judicial exercida pelo juiz em qualquer causa, uma vez que perante a pretensão do requerente, o juiz cautelar vai verificar se estão reunidos os pressupostos de que a lei faz depender a concessão da *decisão-de-urgência*. E, em qualquer caso, a acção apenas deve proceder se, tendo em conta os factos apresentados e a demonstração da sua veracidade, o julgador concluir que se verificam os pressupostos de decretamento da *providência-de-urgência-provisória* ou da *providência-de-urgência-definitiva*. E, claro está, em qualquer caso, há um julgamento da matéria de facto e um julgamento da matéria de direito. Lembrando o artigo 383.º, n.º 4, do CPC, *ex vi* do artigo 1.º do CPTA, deve, pois, distinguir-se dois momentos de julgamento também no processo cautelar. Aliás, neste processo, o julgamento da matéria de facto resulta da avaliação dos diversos meios de prova e da sua suficiência, ou não, para a demonstração da realidade dos factos alegados pelas partes. E o julgamento da matéria de direito traduz a aplicação das normas jurídicas aos factos considerados provados. De resto, como em qualquer outra causa, perante uma determinada matéria de facto, o juiz vai, pois, aplicar-lhe o competente direito. Assim, no que se refere aos processos sumários que não são de cognição sumária não vemos como se pode negar essa identidade entre a actividade lógica-jurídica exercida pelo juiz no processo urgente e no processo não urgente. É certo que, no que concerne aos processos sumários de cognição sumária, se deve distinguir a especificidade do julgamento da questão jurídica realizado no âmbito do processo cautelar. E tal especificidades decorrem da acessoriedade-instrumentalidade do processo e da provisoriiedade da decisão que no se âmbito se emite.

Assim, e sem prejuízo de afirmarmos que a actividade lógica-jurídica exercida pelo juiz cautelar não difere da actividade judicial exercida pelo juiz em qualquer causa, uma vez que perante a pretensão do requerente, o juiz cautelar vai verificar se estão reunidos os pressupostos de que a lei faz depender a concessão da providência cautelar, consideramos que, ainda assim, o julgamento da questão jurídica sofre significativos condicionamentos por razão de um especial aspecto — um aspecto que se prende com o carácter instrumental e dependente da causa que tem por fundamento o direito acautelado. Ora, como se percebe, não obstante o processo cautelar ter um objecto próprio e autónomo, essa autonomia não é total. E não é total porque um dos pres-

supostos que integra o *thema decidendum* do processo cautelar está intimamente conexo com o objecto da causa principal, podendo coincidir (quase na totalidade), dependendo das pretensões jurídicas em causa deduzidas em ambos os processos. Enfim, dependendo do tipo de providência requerida, aquilo que normalmente se quer acautelar no processo cautelar, o direito ou a pretensão jurídica, coincide com o direito ou a pretensão jurídica que se quer reconhecer no processo principal. E isto faz toda a diferença quanto ao julgamento da questão jurídica no processo cautelar, *maxime* no processo cautelar que deve desembocar na emissão de uma *decisão-de-urgência-antecipatória-provisória*.

Ora, o mesmo já não acontece nos outros processos sumários de cognição sumária: nem no processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, *maxime*, quando este se concretiza na modalidade prevista no artigo 111.º, n.º 2, isto é, quando a audiência oral do requerido se realiza por qualquer meio de comunicação que se revele adequado. E não se verifica também nos processos urgentes atípicos, previstos nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, uma vez que aqui, anulado o laço de acessoriedade-instrumentalidade do processo cautelar, o julgamento da questão jurídica que versa sobre o pressuposto referente à pretensão jurídica do requerente é completamente esgotado. Na verdade, aquele processo sumário *tout court* previsto no título IV e estes processos urgentes atípicos, que são processos sumários *tout court* incluídos no título V, mantêm semelhanças com o processo cautelar comum no que respeita à instrução e produção de prova e no que concerne ao julgamento da matéria de facto. Contudo, já no que concerne ao julgamento da questão jurídica, há uma significativa diferença. E, como se perceberá, essa diferença existe porque o processo urgente cautelar é um processo que concretiza a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade* e porque o seu objecto está fatalmente ligado ao objecto da causa principal, concretizando um género de cordão umbilical que liga a acção cautelar à acção principal. Ora, o julgamento da *quaestio iuris* não pode ser esgotado no processo cautelar — não obstante o juiz cautelar dever trazer à colação o mesmo direito material a aplicar à situação jurídica da causa principal. E é somente por causa deste aspecto, um aspecto que somente se verifica nos processos sumários cautelares, que se justifica a incompletude do julgamento da questão jurídica, visto que, quanto ao julgamento da matéria de facto, ele é completo, ainda que incida sobre material probatório instruído e produzido sumariamente, ou seja, ainda que incida sobre um material probatório quantitativamente reduzido, procura-se sempre atingir um juízo de probabilidade, já que a certeza é impossível de alcançar em qualquer processo.

Claro está, que o mesmo já não acontece nos demais processos urgentes, nem mesmo em relação ao processo cautelar com antecipação do juízo sobre a causa principal, uma vez que aqui o cordão umbilical é cortado, porque a manifesta urgência na antecipação total do julgamento da *quaestio iuris* o

exige. Assim, percebemos finalmente o que significa *summatim cognoscere* na justiça administrativa. Marcada pela provisoriedade, esta modalidade de sumariada da cognição (da *quaestio iuris*) só existe nos processos cautelares, sendo certo que o julgamento da matéria de facto é igual em todos os processos urgentes, variando apenas o grau de intensidade da probabilidade a alcançar neles.

2. O julgamento da matéria de facto e o julgamento da matéria de direito nos processos cautelares

Verificámos que não há dúvidas quanto a afirmar que o processo cautelar comum e o processo cautelar sumaríssimo concretizam a *summaria cognitio*. E assim é porque o procedimento instrutório cautelar comum compreende um rol de exceções ao modelo instrutório ordinário, sendo certo que estabelecer o carácter «pleno» ou «sumário» da cognição pressupõe, em primeiro lugar, delimitar o *thema probandum* da causa cautelar, entendido como o complexo de factos juridicamente relevantes cuja determinação é necessária para a emanação da decisão requerida. E, *secundo*, pressupõe também que a cognição pode definir-se como «plena» quando o *thema decidendum* da causa é examinado em todos os seus elementos factuais que o compõem, sem que haja razões para entender que houve redução ou limitação do *thema probandum*, já que se tem em conta, designadamente, que o procedimento instrutório realizou plenamente o contraditório e que se serviu de todos os meios de prova. Já pelo contrário, contemplando alguma derrogação ao regime comum ou ordinário sobre a prova, *tertio*, considerámos que a cognição pode definir-se como sumária quando o conhecimento do *thema decidendum* é por uma outra forma limitado ou condicionado ou em termos que o *thema probandum* sofreu restrições quantitativas, por não ter sido esgotado ou por ter sido realizada prova somente em relação a parte dos factos que integram o *thema* cautelar⁽²⁰⁰⁸⁾. Verificámos, em suma, que o carácter sumário da cognição surge num momento relacionado com a instrução e a produção da prova, não havendo razões para querer transferir esse carácter sumário para o momento do julgamento, mormente para o julgamento da matéria de facto.

⁽²⁰⁰⁸⁾ A este propósito, como já apontámos no ponto 3 do § 3 do capítulo III da Parte II desta dissertação, distanciamos-nos das considerações de um sector da doutrina que tende a considerar que a prova sumária produzida no processo cautelar se distingue qualitativamente da prova sumária produzida em outro processo sumário. Cfr., ainda assim, L. MONTESANO (*Le tutele giurisdizionali...*, pp. 183 ss.) e L. MONTESANO/G. ARIETA (*Diritto processuale civile...*, cit., p. 140), uma vez que estes autores tendem a distinguir qualitativamente a cognição sumária na modalidade de «cognição incompleta», que assenta sobre a prova sumária que até ao momento resulta do processo ordinário em curso, por exemplo, da prova sumária na modalidade de «cognição superficial», que é a cognição típica do processo cautelar e que se manifesta numa valoração meramente probabilística acerca da existência do direito que é objecto da tutela.

2.1. Até ao momento, já percebemos em que termos a lei processual administrativa prevê o carácter sumário da instrução e produção da prova. Cumpre, neste momento perceber se há alguma norma que preveja o carácter sumário do julgamento da matéria de facto. Assim, cumpre, em primeiro lugar, saber qual é o *thema decidendum* do processo cautelar. E, a este propósito, cumpre responder que a lei processual administrativa não fixa um conteúdo único para o *thema decidendum*. Pelo contrário, ele varia de acordo com o tipo de providências requeridas, não obstante o *thema* estar de um modo ou outro relacionado com a situação de urgência atípica ou *periculum in mora* e com a pretensão jurídica ou direito que é o fundamento da causa principal. Ora, nos termos do artigo 120.º, n.º 1, alínea *a*), a providência solicitada, quer seja conservatória, quer seja antecipatória, só é adoptada quando seja evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal. Este é, pois, o *thema decidendum* excepcional do processo cautelar. Nos termos do artigo 120.º, n.º 1, alínea *b*), a providência conservatória só é decretada 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 e não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada ou a formular nesse processo ou a existência de circunstâncias que obstem ao seu conhecimento de mérito. E, nos termos do artigo 120.º, n.º 2, alínea *c*), a adopção de uma providência antecipatória só acontece quando haja o fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente pretende ver reconhecido no processo principal e quando seja provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo venha ser julgada procedente.

Ora, como se percebe, o *thema decidendum* do processo cautelar accionado com vista a obter a emissão de uma providência cautelar conservatória ou de uma providência cautelar antecipatória integra dois pressupostos, mais ou menos, semelhantes, que podemos reconduzir às figuras de *periculum in mora* e de *fumus boni iuris*. E este, o prejuízo decorrente da demora para o direito que se visa acautelar, é o *thema*-regra de qualquer processo cautelar a decidir no contencioso administrativo. De um modo ou de outro, percebe-se, em primeiro lugar, que o *thema decidendum* do processo cautelar tem algo de muito especial, quando comparado com o da causa principal: ele é constituído por dois pressupostos hipotéticos, a saber, que haja o fundado receio da constituição de uma situação de facto ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal, por um lado, e, por outro, que a pretensão jurídica formulada ou a formular pelo requerente no processo principal não se apresente aparentemente sem fundamento (isto, num caso) ou apresente aparentemente fundamento (noutro

caso), de tal modo que neste caso, estando em causa a adopção de uma providência antecipatória, seja provável que essa pretensão venha a ser julgada procedente no processo principal. De resto, nestes dois casos, estamos a falar do pressuposto relativo à pretensão jurídica ou pressuposto do direito a acautelar, que, de acordo a terminologia latina se denomina de *fumus boni iuris*. Cumpre, aliás, notar, que a diferente configuração do *fumus boni iuris*, *positiva e negativa*, decorre da obrigatoriedade ou não de o juiz da causa cautelar ter de antecipar o exame da causa principal sobre a pretensão jurídica a acautelar e decorre da intensidade do julgamento da questão relativa à pretensão jurídica ou direito, em termos que o exame de conclusões deva ser mais ou menos completo.

E, assim, não obstante o *thema probandum* incluir factos *tout court* e factos hipotéticos que demonstrem duas probabilidades ou dois pressupostos prováveis, ainda assim a prova que for produzida quanto à existência desses factos deve ser julgada plenamente. Ou, por outras palavras, não obstante o legislador mencionar que o requerente deve oferecer a prova sumária da existência dos fundamentos do pedido, isto é, prova sumária da pretensão jurídica ou do direito ameaçado e a prova sumária do receio de lesão do direito, os factos que demonstram aqueles pressupostos hipotéticos terão de ser provados plenamente. Claro está que ainda estamos a falar de julgamento pleno de matéria de facto que se deseja que demonstre duas probabilidades: a provável (ainda que variável) existência da pretensão jurídica e o fundado receio da sua lesão. Em todo o caso, os factos a provar tanto podem ser factos reais como hipotéticos, e a susceptibilidade de prova destes, como se sabe, é mais duvidosa. Ora, também, por isso, se aceita que seja isto a justificar que o julgamento da matéria de facto obedeça a especificidades. Enfim, a prova dos factos, não obstante ser sumária, porque quantitativamente restrita, é julgada plenamente. E assim é, até porque as provas servem exactamente para demonstrar a realidade dos factos (artigo 341.º do CC), e, por exemplo, tratando-se de factos hipotéticos, a demonstração pode assumir diferentes intensidades.

Vejamos melhor esta problemática, atendendo à especificidade dos tipos de pressupostos, o referente ao *periculum in mora* e à pretensão jurídica. Sobre cada um dos dois grupos de factos, os que tendem a demonstrar o 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 e o que respeita à provável (mais certa ou menos certa) existência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, há uma instrução e a produção de prova, isto é, de prova sumária, sendo prova que em alguns casos é quantitativamente muito restringida, resumindo-se a prova documental imediatamente disponível, por exemplo, sendo que a mera alegação de parte não é suficiente na lei processual administrativa,

outras vezes é menos restrita e menos esgotada, podendo ser alargada à prova pericial, testemunhal e prova por inspecção, dependendo da *situação-de-urgência*.

Assim, já para não invocar a situação crassa de sumariiedade prevista nos artigos 131.º e 128.º do CPTA, *nos processos inaudita altera parte*, importa evidenciar que, nos termos do código, não basta ao requerente alegar, ele deve oferecer prova sumária da existência do pedido (nos termos do artigo 114.º, n.º 3, alínea g)), sendo que cabe ao requerido oferecer meios de prova (sumária), sob pena de se considerar verdadeiros os factos alegados pelo requerente (artigo 118.º, n.º 1). Neste sentido, a prova sumária dos factos que sustentam o pedido e os factos impeditivos, modificativos ou extintivos desse pedido é realizada pelas partes, podendo traduzir-se em prova documental ou outro tipo de prova líquida e imediatamente disponível, sendo que aqui se pressupõe que a prova sumária corresponde a prova não esgotada. Depois, os factos podem ser provados por via de meios de prova que o juiz considere necessários, com a excepção daqueles que são naturalmente incompatíveis com a natureza urgente do processo e a natureza provisória da providência cautelar.

Ora, perante este material probatório (às vezes já esgotado outras vezes ainda muito reduzido, sendo que não tão reduzido como aquele que resultaria da simples alegação ou da mera justificação) — que na verdade não tem consagração legal — o juiz julgará a matéria de facto. E temos para nós que a diferença entre o julgamento da matéria de facto no processo cautelar e o do processo principal reside no tipo de factos a provar e não na forma como o juiz tem de julgar o material probatório. Este, embora do tipo sumário, enquanto não esgotado, enquanto quantitativamente reduzido, enquanto prova sumária, é avaliado normalmente pelo juiz. De resto, em qualquer caso, as provas (sumárias ou não) servem exactamente para demonstrar a realidade dos factos. E o julgamento far-se-á de acordo com as regras comuns de julgamento e não obedecerá a diferenças maiores, a não ser aquelas que resultam destas especificidades que concernem à restrição do conhecimento do *thema decidendum*. A realização de *prova sumária* não pode ser identificada com prova menos forte ou prova menos convincente. E a confirmação desta ideia alcançamo-la precisamente, e em vários momentos, no contencioso administrativo. O artigo 118.º, n.º 1, confirma a certeza da opinião: «na falta de oposição, presumem-se verdadeiros os factos invocados pelo requerente», os artigos 111.º, n.º 2, e 131.º, n.º 4, do CPTA reforçam esta ideia, uma vez que o legislador empregou a mesma terminologia, independentemente de se tratar de um processo principal ou de um processo cautelar, e o artigo 135.º, n.º 2, alínea c), atesta-a definitivamente.

Em suma, a prova que se utiliza tende a demonstrar a existência dos factos necessários para a demonstração da verificação daqueles dois pressupostos

hipotéticos e quanto ao *quantum* de prova necessário para demonstrar os dois pressupostos hipotéticos, ele será aquele que é normalmente tido como o suficiente para «as necessidades práticas da vida», em termos que se considera que se formou no espírito do juiz, a convicção da sua provável existência. Afastada a certeza de qualquer tipo de conhecimento humano, a probabilidade é, em qualquer caso, a modalidade da intensidade para que tende qualquer tipo de conhecimento judicial: é necessário, pois, que o espírito do julgador tenda mais para considerar credível a existência da factualidade alegada do que o contrário. Claro está que a probabilidade pode envolver diversos graus, sendo que essa intensidade pode variar conforme o tipo de factores a que o legislador dê especial atendimento.

Normalmente, no contexto do julgamento da matéria de facto no âmbito do processo cautelar, a doutrina e a jurisprudência vêm considerando que a intensidade da probabilidade varia em função do tipo de efeitos que a providência é susceptível de produzir, mormente do tipo de efeitos que a mesma é susceptível de causar na esfera jurídica do requerido, do conteúdo da providência, especialmente da identidade que exista entre o conteúdo da decisão antecipatória e a decisão de mérito. E essa intensidade vai variando, em função do pressuposto a que dizem respeito, uma vez que no que concerne ao *quantum* da prova que versa sobre factos que tendem a demonstrar a verificação do pressuposto do *periculum in mora*, se considera que é necessário ter em conta que este julgamento não é repetido na causa principal. E assim, uma vez que a apreciação da prova que versa sobre os factos que tendem a demonstrar a existência destes pressupostos não é repetido na causa principal, a doutrina tende a considerar que o *accertamento da matéria de facto* deverá ser mais completo. Ora, o mesmo já não deve exigir-se à apreciação da prova que versa sobre os factos que tendem a demonstrar a existência da pretensão jurídica acautelanda, uma vez que se considera que o *accertamento de facto*, que incide sobre o pressuposto relativo à existência da pretensão jurídica, deverá ser menos exigente, pois este repete-se na causa principal.

De uma ou de outra forma, trata-se sempre de apreciar a prova de factos que nem sempre são factos *tout court* e, nessa medida, a diminuição do grau de probabilidade quanto ao *quantum* de prova advém, desde logo, da própria natureza dos pressupostos que integram o *thema decidendum*. E, se quanto ao julgamento da matéria de facto que diz respeito aos dois pressupostos, não vemos como estabelecer distinções, a não ser tendo em conta o aspecto de serem factos que sustentam pressupostos de probabilidade, ainda assim, há doutrina que na senda da posição *calamandreiana* tende a distinguir que o julgamento da matéria de facto concernente ao pressuposto relativo à aparência do direito possa ser distinta da do julgamento da matéria de facto respeitante ao *periculum in mora*. Mas, de um modo ou de outro, continuamos no quadro da probabilidade e aqui vale a regra da probabilidade preponderante, podendo

existir graus de probabilidade distintos em função dos factores a ter em conta. A probabilidade preponderante significa que se formou no espírito do julgador a convicção de que há mais razão a favor da verdade dos factos do que em sentido contrário. Esta é portanto a medida de prova mínima para resolver a *quaestio facti*, visto que o material probatório é (ou pode ser) limitado e não esgotado, podendo incidir apenas sobre parte dos factos relevantes e é produzido em processo sumário.

2.2. Já o exame de concludência que versa fundamentalmente sobre o pressuposto referente à existência da pretensão jurídica a reconhecer na causa principal apela a uma leitura bem diferente daquela que se apresentou ainda há pouco. Assim, no contexto do julgamento da pretensão jurídica acautelanda, o juiz subsumirá os factos dados como provados ao direito substantivo que configura a existência dessa pretensão jurídica, antecipando, assim, fatalmente, a análise de toda a questão relativa à pretensão jurídica que é objecto da causa principal. E, assim, umas vezes mais simples, outras vezes envolvendo maior complexidade, devido à multiplicidade de soluções aparentemente possíveis para a mesma questão ou devido à dificuldade de interpretação das normas, o juiz confrontar-se-á com a urgência, com a falta de tempo para examinar toda a extensão da *quaestio iuris* e com a redução do material probatório. Cumpre pensar se cabe ao juiz cautelar proceder a um exame de concludência completo ou se é preferível limitá-lo ou ainda se é desejável que o juiz não analise o direito a aplicar à pretensão jurídica e, em vez disso, se pautar por outros critérios de decisão. Como se sabe, durante anos a fio, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo dispensou o juiz cautelar da suspensão da eficácia de actos administrativos de proceder a um exame de concludência. E, assim, pautando-se, por um critério que atendia ao tipo de prejuízo que a imediata execução do acto seria susceptível de causar ao requerente ou a terceiros e à gravidade da lesão que a suspensão da eficácia do acto administrativo poderia causar ao interesse público, a análise do direito material e a apreciação da pretensão jurídica eram sempre remetidas para o juiz do recurso contencioso de anulação. Ora, o actual contencioso administrativo consagra um modelo distinto do anterior. E agora, à luz das disposições constantes do artigo 120.º do CPTA, o juiz tanto pode proceder a um exame de concludência completo como a um exame de concludência limitado.

Cumpre, então, perguntar, até onde pode ir o julgamento da questão jurídica no contencioso cautelar administrativo. Em abstracto, esse julgamento tanto pode ser completo como não, dependendo sempre da situação concreta existente. Em todo o caso, ele está sempre legalmente pré-condicionado. E, assim, ele pode assumir a dimensão de exame de concludência completo, na medida que o juiz pode actuar num contexto favorável que lhe permita subsumir às nor-

mas que versam sobre o direito alegado os factos considerados provados, em termos que, aplicando o mesmo direito material que se aplica à situação jurídica litigiosa da causa principal, ele está em condições de apurar, de modo conclusivo, a existência do direito a acautelar — embora não tenha de o fazer, e não tenha de tomar medidas que o pressuponham, até porque este pressuposto jurídico constitui o verdadeiro objecto da causa principal. É, aliás, exactamente por causa disto, e por razão de urgência, que o legislador determina as condições em que a subsunção dos factos ao direito é realizada: a subsunção ao direito material deve ser limitada, deve ser reversível, deve ser menos intensa. Agora sim, cumpre notar que é, somente, neste contexto que ganham sentido as expressões de «verosimilhança» e «juízo hipotético». E é também somente neste contexto que a expressão *fumus boni iuris* se pode justificar. O exame de conclusência no processo cautelar é, na verdade, e deve ser na maior parte das vezes, um exame inconclusivo, isto, é aberto.

E a subsunção pode ser mesmo muito condicionada, porque em todo o caso o deferimento da decisão cautelar pode depender de outros pressupostos distintos: da maior ou da menor urgência na emissão de uma medida simplesmente reguladora para um determinado período de tempo, do conteúdo da providência e dos seus efeitos e na natureza simples ou complexa da questão jurídica a decidir. Afinal, o julgamento completo da questão jurídica pode prejudicar as razões de urgência que levaram o requerente a solicitar uma providência cautelar simplesmente preparatória e, assim, não sendo possível trazer à colação as normas jurídicas materiais ou não sendo sequer necessário invocá-las, o tribunal poderá até pautar mais o seu julgamento da questão jurídica por critérios especiais de decisão.

Como vimos, LEIPOLD propôs a ponderação de interesses em vez do exame de conclusência completo para as situações em que a urgência não permite aguardar. Na verdade, sugerindo a criação *ad hoc* de uma norma que atenda à ponderação de interesses opostos, o autor defendeu um exame de conclusência limitado em substituição da análise completa do direito material a aplicar à situação jurídica litigiosa, sendo que a previsão da ponderação de interesses opostos deveria dispensar o exame de conclusência completo. Na realidade, na construção *leipoldiana* a norma que prevê a ponderação de interesses pode justificar-se subsidiariamente, para os casos em que é preferível realizar um exame de conclusência limitado, por a operação de subsunção dos factos ao direito deparar com dois tipos de adversidades, a saber: *i*) a complexidade da operação de subsunção (ou aplicação das normas) e *ii*) a situação de extrema urgência, que exija uma decisão breve e um exame de conclusência rápido (2009).

(2009) Como mencionava D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., p. 83.

Vejam, à luz do artigo 120, n.º 1, como deve fazer-se esse exame da questão jurídica e a aplicação das normas que versam sobre a situação jurídica aos factos. E, portanto, o julgamento da questão jurídica pressupõe a subsunção dos factos provados ao direito material que rege a situação jurídica a acautelar. E quanto ao processo cautelar comum, não obstante o CPTA determinar que o exame de conclusão é sempre provisório, o legislador veio estabelecer três diferentes níveis de limitação no julgamento da questão jurídica. E, assim, há um primeiro nível em que o exame de conclusão, não obstante ser provisório, é completo. E é completo porque o juiz cautelar, não obstante não ter que proceder a demoradas operações de subsunção, consegue perceber em que termos deve ser aplicado o direito material à situação jurídica da causa principal. E isto acontece por que a solução se apresenta *a priori* com evidência. Esta é uma possibilidade excepcional que não impõe ao juiz uma segunda operação de julgamento, que é recorrer à operação de ponderação de interesses (2.2.1.).

Depois, precisamente para facilitar o seu decretamento, o legislador veio baixar em exigência do exame de conclusão para a emissão das providências conservatórias, em termos que o legislador não exige que o juiz realize a completa aplicação do direito material à situação jurídica, uma vez que decretará uma providência que não é de molde a causar grande ingerência na esfera do demandado, não sendo, por isso, necessário esgotar o julgamento da questão jurídica nem sendo necessário completar o julgamento tal como o juiz da causa principal tenderá a realizar. Neste caso, porque se trata de providências conservatórias, o exame não vai além do suficiente para poder concluir que não é manifesta a falta de fundamento da pretensão jurídica a acautelar, devendo, ainda assim, existir uma segunda operação julgamento traduzida na ponderação de interesses (2.2.2). Já quanto às providências antecipatórias, o exame de conclusão volta a estar mais perto da completude, uma vez que o legislador impõe ao juiz que realize um juízo de prognose sobre o resultado da aplicação do direito substantivo à situação subjacente à causa principal, sendo que, no entanto, esse exame antecipado da questão jurídica não pode ser total, devendo ser realizada a operação de ponderação de interesses (2.2.3.).

Ainda antes de desenvolver esta ideia, cumpre notar que o exame de conclusão é afastado numa situação, que chamamos «situação simples» (artigo 120.º, n.º 6). Neste caso, o juiz não procede à aplicação do direito aos factos, sendo suficiente a prestação de uma garantia por uma das formas previstas na lei tributária. Assim acontece quando, no processo principal a questão incida sobre o pagamento de uma quantia certa sem natureza sancionatória. E, à partida, também parece afastado do exame de conclusão no processo cautelar especial, previsto no artigo 132.º do CPTA. Assim, tratando-se de

providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos, a lei processual administrativa dispõe que, sem prejuízo da situação excepcional de evidência, que configuraremos já de seguida, o juiz não está obrigado a realizar um julgamento da questão jurídica completo. Na verdade, pressupondo que neste caso se decretam sobretudo providências conservatórias, e tendo em conta a solução constante do anterior regime, especialmente do artigo 5.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, e finalmente tendo em conta as orientações constantes das directivas comunitárias, a lei processual administrativa veio dispor que o tribunal não deve subsumir os factos ao direito material a aplicar à situação litigiosa, bastando proceder a uma ponderação de interesses públicos e privados em presença. E, com efeito, substituindo o exame de conclusão por um critério distinto de decisão, o decretamento da providência depende do juízo de probabilidade do tribunal quanto a saber se ponderados os interesses susceptíveis de serem lesados, os danos que resultariam da adopção da providência são superiores aos prejuízos que podem resultar da sua não adopção ⁽²⁰¹⁰⁾.

2.2.1. Para que haja decretamento das providências é necessário que o tribunal considere verificados certos pressupostos, aqueles que são os requisitos de procedência das providências cautelares, fixados no artigo 120.º do CPTA. E, com efeito, nos termos do artigo 120.º, n.º 1, alínea *a*), existindo uma evidência de procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, a adopção da providência cautelar, seja ela conservatória ou antecipatória, depende somente disso, do facto de o juiz perceber, em termos de evidência, que a pretensão jurídica do requerente, que ele pretende acautelar através do processo cautelar, existe. E a solução para a questão jurídica apresenta-se com evidência porque, designadamente, está em causa a impugnação de acto manifestamente ilegal, de acto de aplicação de norma já anteriormente anulada ou de acto idêntico a outro já anteriormente anulado ou declarado nulo ou inexistente. De facto, estamos aqui a falar de uma aparência de direito que é já quase certeza do direito e esta é uma situação em que se tem mais como certo o bom direito do que o *fumus* desse direito. Há, portanto um exame de conclusão completo (ainda que provisório) e é por isso que não existe, neste caso, uma norma complementar de decisão que imponha a ponderação de interesses — como acontece nas situações configuradas nas alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 120.º, do CPTA.

⁽²⁰¹⁰⁾ A este propósito, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 337 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 670 e 671; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., p. 355; P. HENRIQUES, «Processos urgentes...», cit., p. 40.

2.2.2. Já no que concerne ao julgamento da questão jurídica relativo ao pressuposto jurídico da providência cautelar conservatória a situação é diferente, uma vez que o juiz cautelar não está obrigado a realizar um exame de conclusão completo. Na verdade, podendo bastar-se com o *fumus non mali iuris*, ou seja, com a não aparência de mau direito do requerente, a subsunção dos factos ao direito material aplicável à situação litigiosa é muito mais incompleta e diminuída, já que o julgamento não vai mais longe do que o suficiente para perceber que «não é manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada ou a formular» no processo principal ou que não é manifesta a existência de circunstâncias que obstem ao conhecimento do mérito do processo principal, sendo certo que esse exame limitado é completado pela ponderação de interesses prevista no n.º 2 do artigo 120.º do CPTA. Devemos dizer, contudo, que o facto de não existirem circunstâncias que obstem ao conhecimento de questão de mérito traduz, ainda assim, um sinal de que o exame de conclusão pode ser muito pouco intenso — ou mesmo inexistente, se entendermos que o legislador quis apelar aqui para a apreciação dos pressupostos processuais da causa principal, o que seria uma herança do antigo artigo 76.º, n.º 1, alínea c), da LPTA. De resto, nesta situação não há exame de conclusão completo. Antes pelo contrário, o legislador veio prever um exame de conclusão limitado a que acresce um juízo ponderativo de interesses opostos.

2.2.3. Quanto ao decretamento da providência antecipatória, o tribunal deve apreciar o *fumus* na perspectiva de averiguar se é provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo venha a ser julgada procedente. Não se trata, pois de um *fumus* tão qualificado como o exigido na alínea a), mas também não é tão superficial como aquele que se exige para o decretamento das providências conservatórias. Ora, neste contexto, cumpre, pois, perceber que o juiz está autorizado a realizar o exame de conclusão, uma vez que, no que concerne ao pressuposto da pretensão formulada ou a formular no processo principal, ele tem de subsumir os factos ao direito material que se aplicará à causa principal. Contudo, o exame de conclusão não deve ser conclusivo, terá de ser tão só um exame hipotético. Ora, como se percebe, é neste contexto que tem sentido falar de «juízo sumário», «juízo hipotético» ou «*accertamento* menor», enquanto contraposto ao «*accertamento dichiarativo*», de que fala a ciência italiana do direito processual.

Como se percebe, no quadro do actual regime do contencioso administrativo não se pode, de facto, deixar de distinguir a providência cautelar conservatória de antecipatória, já que a identificação do tipo de julgamento em cada caso depende da prévia classificação da providência solicitada ao tribunal — e assim é principalmente se não estiver em causa a «situação especial de

evidência» (2011) (artigo 120.º, n.º 1, alínea *a*), do CPTA). A distinção pontual é absolutamente necessária para os casos em que se configura a «situação-regra» (artigo 120.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), e n.º 2). Neste sentido, o regime da «situação de evidência» — que apela à realização da operação completa de subsunção do factos ao direito —, sendo excepcional, só deve ser aplicado quando se configurar uma situação idêntica às exemplificadas na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA — *id est*, uma situação em relação à qual se entende notoriamente que a pretensão formulada no processo principal obterá provimento, e, assim, quando na acção principal se impugna um acto manifestamente ilegal — sendo, que para o TCA-N, «a manifesta ilegalidade do acto», que por si mesma, «sumariamente demonstrada, impõe ou vincula o juiz a decretar a providência», «só comporta vícios graves, que concretizem a lesão insuportável dos valores protegidos pelo direito administrativo e que por isso implicam a nulidade do acto» (2012), sendo, pois, de afastar, em princípio, «vícios de forma em sentido amplo, por geradores de mera anulabilidade».

Não se configurando a «situação de evidência», o tribunal, trazendo à colação as normas jurídicas a aplicar à situação acautelanda, vai, contudo, realizar um juízo de subsunção limitado, que pode ser mais ou menos intenso consoante esteja em causa o decretamento de uma ou de outra providência cautelar (nos termos do artigo 120.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), e n.º 2), sendo certo que em qualquer caso tal operação é combinada com uma operação de ponderação de interesses. Assim, enquanto que para o decretamento da providência conservatória, o tribunal deve considerar suficiente a aparência de *não mau direito* — o *fumus non mali iuris* (2013) —, porque a solução para a causa deve permanecer sempre em aberto, para o decretamento da antecipatória o tribunal deve apreciar o *fumus* («aparência de direito») na sua formulação positiva. E, assim, uma vez que deve, em termos sumários, subsumir os factos provados ao direito material, esse exame só pode ir até onde lhe permita apurar a existência do direito invocado pelo requerente», de tal modo que, em termos de convicção, o juiz conclua que a pretensão jurídica obterá provavelmente sucesso na causa principal. Ou, por outras palavras, o exame de concludên-

(2011) Neste sentido, M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 602.

(2012) O TAF de Braga, no âmbito de um processo cautelar, considerou «manifestamente ilegal o acto administrativo que, sem invocar qualquer justificação, se [consubstanciava] numa ordem [dada ao funcionário para que este picasse] o ponto, de hora a hora, uma vez que o acto foi considerado «nulo por afrontar o direito à integridade moral do visado». Sobre este assunto, vd. JORGE M. L. SOUSA, «Crónica... (n.º 305)...», cit., p. 178.

(2013) A expressão usada no texto, «*fumus non mali iuris*», cuja formulação atende ao facto de o adjectivo *malus* se apresentar declinado no genitivo — *mali*, tal como o substantivo, *iuris* — é empregue na doutrina espanhola por M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar...*, cit., p. 111.

cia não é completo porque não há necessidade disso, por causa da ponderação obrigatória de interesses — e, se chega ser completo, pelo menos não é conclusivo, uma vez que ao juiz só é possível verificar em que termos a pretensão formulada ou a formular nesse processo principal virá a ser julgada procedente (2014).

3. O julgamento da matéria de facto e da matéria de direito nos processos previstos nos artigos 109.º, 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA

Enfim, se, a este propósito, não se pode afirmar que haja — ou que possa existir — uma medida certa quanto à exaustão da subsunção dos factos ao direito material que se aplica à situação litigiosa da causa principal, o mesmo não se dirá em relação à providência que é susceptível de antecipar definitivamente a solução para a causa. De facto, no que concerne ao exame de conclusão, o mesmo já não acontece nos processos sumários atípicos, previstos nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, uma vez que aqui o julgamento da questão jurídica é completo e legitimamente esgotado (3.1). E, por maioria de razão, também o julgamento da matéria de direito é totalmente completo no processo urgente de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, mormente quando este concretiza a modalidade prevista no artigo 111.º, n.º 2. E assim, não obstante também se estar aqui perante um processo cujo *thema probandum* é um *thema* de probabilidade quanto à *situação-de-urgência* (3.2).

3.1. Enfim, como se percebeu das considerações anteriores, no processo sumário cautelar há uma luta contra o tempo e, por isso, e em especial no que

(2014) E este mesmo raciocínio é também aplicado a propósito da regulação provisória de quantias, prevista no artigo 133.º do CPTA. Com efeito, também aqui, no contexto do incumprimento do dever de a administração realizar prestações pecuniárias, e a propósito da intimação da entidade competente para prestar as quantias indispensáveis a evitar a situação de carência, o juiz cautelar deve proceder a um exame de conclusão quase completo, devendo apurar em que termos é provável a existência da pretensão formulada ou a formular no processo principal. Assim, não é suficiente provar os factos que demonstrem a situação de grave carência económica, é também necessário demonstrar que o prolongamento da situação de carência pode acarretar consequências graves e dificilmente reparáveis. E é fundamentalmente necessário provar os factos que demonstrem que o requerente é credor da Administração e esta se encontra numa situação de incumprimento. Ora, daqui decorre que provados os factos, se segue a aplicação das normas aos factos, sendo que para que seja provável que a pretensão jurídica venha a ser julgada procedente é necessário proceder a um exame de conclusão quase completo, ainda que hipotético ou não conclusivo, sendo suficiente que o juiz entenda ser provável que aquela pretensão jurídica será reconhecida no processo principal.

respeita à situação jurídica, ao pressuposto do direito do requerente, a *summaria cognitio* também é ou pode ser nestes casos *sinónimo de* julgamento diminuído, uma vez que a cognição completa da situação jurídica é deixada para a acção principal, devendo o juiz contentar-se com a aparente existência dessa situação jurídica ⁽²⁰¹⁵⁾. Afinal, como este pressuposto é o cordão umbilical que liga a acção cautelar à acção principal, só este aspecto — um aspecto que somente se verifica nos processos sumários cautelares — justifica a incompletude do julgamento da questão jurídica no processo cautelar, já que quanto ao julgamento da matéria de facto, ele é completo, ainda que incida sobre material probatório instruído e produzido sumariamente. Claro está que este aspecto já não se verifica na situação prevista nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, uma vez que, nestes casos, o juiz cautelar está autorizado a esgotar o exame de conclusão.

Na verdade, depois de ter realizado um julgamento da matéria de facto e de ter ficado convencido do grau de probabilidade suficientemente seguro, quanto à credibilidade dos factos alegados, o juiz é agora autorizado a subsumir com toda a plenitude os factos ao direito material a aplicar à pretensão jurídica subjacente à causa principal. E esgotada e completa a subsunção dos factos ao direito material a aplicar, a lei processual administrativa dispensa o laço ou cordão que seria suposto ligar o processo cautelar ao principal, caindo, assim, como se de um apêndice que não interessa ao corpo se tratasse.

Assim, no contexto do contencioso pré-contratual, e nos termos do artigo 132.º, n.º 7, o exame de conclusão tem também as características de completude e definitividade. E, assim, pressupondo que na causa principal, a questão jurídica a tratar concerne à validade das disposições normativas constantes da lei do procedimento ou do caderno de encargos por os mesmos conterem especificações técnicas, económicas ou financeiras ilegais, a lei processual administrativa permite que, no âmbito do processo cautelar referente à adopção de providências relativas a procedimentos de formação de contratos, quando tenha sido requerida uma providência destinada a corrigir a ilegalidade daquelas especificações, o juiz possa esgotar todo o julgamento da questão jurídica. E, assim, a lei permite que o juiz subsuma os factos às mesmas normas jurídicas ou ao mesmo direito material a aplicar à situação jurídica litigiosa que fundamenta a causa principal. E se depois de tal exame considerar demonstrada a ilegalidade de especificações contidas em tais peças do procedimento pré-contratual, o juiz cautelar pode, deste modo, decidir o fundo da causa, isto é, o juiz cautelar, depois, de realizar o exame de conclusão completo e definitivo, pode emitir a decisão final. Nestes casos, percebe-se também que a *pretensão-urgente* que se pretende realizar nesta modalidade especial do processo cau-

(2015) Como mencionava D. LEIPOLD, *Grundlagen...*, cit., p. 83.

telar é idêntica à que se pretende realizar no processo principal e o *thema decidendum* coincide. E, por isso, mesmo, existindo urgência na realização daquela pretensão, não se vê por que razão se poderia negar a possibilidade do esgotamento do exame de conclusão naquele processo cautelar. Esta é, pois, uma solução que vai ao encontro da Directiva Recursos ⁽²⁰¹⁶⁾.

No que respeita à modalidade do processo cautelar prevista no artigo 121.º, cumpre reconhecer, no seguimento do que já se apontou, que este se configura como *processo urgente atípico*. E como já apontámos, depois de percebermos que o *thema decidendum* deste *processo urgente* esgota o *thema decidendum* do processo principal, devendo por isso convolar-se no processo principal, e depois de apurarmos que ele integra um procedimento instrutório em que há esgotamento da prova, também se percebe que o julgamento da matéria de facto seja semelhante a qualquer outro tipo de julgamento. De qualquer modo, sendo a prova carregada para o processo cautelar já esgotada, em termos que é considerada suficiente para demonstrar a veracidade dos factos que suportam os pressupostos da decisão favorável ao requerente, não se justifica que não haja um completo julgamento da matéria de facto, sendo que há também a autorização para proceder a um julgamento de conclusão completo e definitivo. Assim, estando em causa a mesma *pretensão-urgente* que se faz valer no processo principal, e sendo certo que a realização efectiva dessa pretensão obriga ao imediato julgamento global e total da causa, o legislador veio permitir não só o esgotamento da prova como veio permitir o julgamento total da matéria de facto e da matéria de direito. Afinal, pressupõe-se que é carregada para o processo certo tipo de prova suficiente para ser proferido o juízo definitivo. Esgotada a prova e trazidos ao processo cautelar todos os elementos necessários e julgada a matéria de facto, o juiz é também autorizado a antecipar o julgamento completo e definitivo da *quaestio iuris*, sendo que, neste contexto, é a própria (manifesta) urgência que justifica a antecipação desse julgamento. Neste aspecto, poucas são as razões para distinguir este processo urgente atípico, que o legislador inseriu no título IV, do processo urgente típico de intimação para a protecção de direitos, liberdade e garantias, distinguindo-se um do outro quanto à extensão do respectivo âmbito objectivo de aplicação. Na verdade, como veremos melhor, não obstante possuírem âmbitos distintos, sendo, por isso, que um exclui o outro, os dois processos realizam uma função idêntica, que é antecipar a decisão de mérito que versará sobre uma *pretensão-urgente-especial*, por não ser suficiente a decretação de

(2016) A este propósito, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., p. 340; M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 672; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., p. 355.

uma providência cautelar, sendo que nos dois casos, não obstante ter sido realizada uma instrução sumária, o julgamento da matéria de facto e o julgamento da matéria de direito é exactamente igual, não diferindo em nada de outro qualquer julgamento.

3.2. Claro está que, com a excepção do processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, nenhum dos outros processos urgentes consagrados no título IV suscita alguma questão relacionada com o procedimento instrutório, em termos que se possa afirmar que algum deles apresente verdadeiras excepções perante o modelo ordinário de prova. Contudo, como se verificou, o processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, quando o seu *modus procedendi* segue os trâmites previstos no artigo 111.º, *maxime*, o previsto no artigo 111.º, n.º 2, traduz a opção pela realização de uma cognição sumária. A partir daqui, poderíamos questionar se isso significa que o *accertamento* final que daqui decorre é um *accertamento* de menor qualidade. Na verdade, para além da prova poder assumir a natureza sumária, também o julgamento da matéria de facto apresenta as mesmas características que há pouco se apresentou a propósito do processo cautelar, quando chamamos à atenção para as especificidades do *thema decidendum* daquele processo. Também aqui o *thema* a decidir traduz um *thema* de hipótese. Se não vejamos, invocando a seguinte terminologia empregue no CPTA: «em situações de especial urgência, em que a petição permita reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível do direito, liberdade ou garantia...». Neste contexto, cumpre dizer que a probabilidade que se exige no que respeita ao *quantum* de prova necessário para considerar credível a situação alegada, pode se compreendida num grau inferior, sendo, no entanto, variável. E este aspecto aproxima-o do processo cautelar, já que vem confirmar a ideia de que existe uma prova sumária antes mas não depois. Depois, fala-se apenas de probabilidade, podendo esta probabilidade ser preponderante ⁽²⁰¹⁷⁾. Contudo, já quanto ao exame de conclusão ele é total, semelhante ao que se afirmou para o artigo 121.º Exige-se em qualquer caso, que o tribunal subsuma os factos provados sumariamente ao direito material que rege a situação litigiosa, sendo certo que, neste caso, esse direito material diz apenas respeito a direitos, liberdades e garantias, devendo em qualquer caso o exame de conclusão ser completo e definitivo.

⁽²⁰¹⁷⁾ A propósito do conceito de verdade, probabilidade e verosimilhança, vd. D. BLANQUER, *La prueba...*, cit., pp. 439 ss., esp. p. 444.

BALANÇO

Como se percebe das considerações anteriores, a lei processual administrativa veio instituir um modelo aberto do contencioso urgente, um modelo onde os processos urgentes têm consistência estrutural, não correspondendo apenas a uma figura sem corpo. São processos de tramitação especial, distinguindo-se quanto à forma. Realizam a mesma função e, a partir de uma pergunta que visa saber «a che cosa serve» (TOMMASEO), estes processos revelam-se como adequados para assegurar a efectividade do processo e a efectividade do resultado final do processo. Como a individualização da função destas figuras não é suficiente para responder aos problemas interpretativos que ele suscita, procedeu-se a uma análise exegético-sistemática das normas constantes dos Títulos IV e V e procedeu-se à valoração estrutural das figuras. E, assim, no quadro da pergunta «come il diritto sai fatto» (TOMMASEO), cumpre apurar que estes processos são estruturalmente concebidos segundo a técnica da sumariedade,

À forma especial, vão buscar a aceleração e o tratamento prioritário, da sumariedade procedimental ganham a simplificação e a abreviação e da sumariedade cognitiva recebem a rapidez na demonstração dos factos necessários para se proceder à operação da subsunção dos factos às normas, de modo a poder emitir-se a *decisão-judicial-de-urgência*. A *decisão-jurisdicional-de-urgência*, não obstante ser normalmente *provisória*, sobretudo quando proferida no contexto dos processos urgentes previstos no Título V, pode ser também uma *decisão-jurisdicional-de-mérito*. A *provisória* pressupõe a prévia realização não só uma cognição sumária como de um juízo sumário, realizado num exame de conclusão impróprio. E, de resto, não obstante realizarem provisoriamente uma tutela jurisdicional das pretensões substantivas, os processos urgentes cautelares concretizam obrigatoriamente a *accessoriedade-instrumentalidade* e a provisoriedade qualitativa, podendo também realizar a antecipação provisória qualitativa dos efeitos de uma sentença a proferir num processo principal. De resto, realizam a sumariedade em todas as suas vertentes, incluindo a do *accertamento sumário*, sendo certo que só em relação a estes se pode falar da técnica de *summatim cognoscere*.

De qualquer modo, todos os processos urgentes servem para realizar a tutela jurisdicional efectiva das *pretensões-jurídicas-substantivas* que se configuram em *situação-de-urgência*, sendo certo que, nos processos cautelares a protecção jurisdicional dessas pretensões é sempre provisória, cabendo a um outro processo realizá-las definitivamente. Existindo uma mesma função, que é realizada com variedade e repetição de técnicas, a separação de títulos é artificial, havendo, pois, razões para se agrupar todos os processos urgentes na mesma estirpe. E, não obstante as especificidades de que alguns dos processos beneficiam, também por causa do factor urgência associado à simplicidade ou complexidade das questões, há de facto um grupo, uma classe, se quisermos, uma categoria, de processos moldados funcionalmente — e, sobretudo, estruturalmente — de forma idêntica, para servir a urgência, uma vez que são todos processos especiais de tramitação urgente e todos são processos sumários, ainda que só alguns sejam de cognição sumária. E, de entre estes, só alguns são aptos para desembocar em *decisões-judiciais-de-urgência-provisórias*, enquanto decisões proferidas tendo por base um *accertamento-sumário*.

TESES

Das considerações que foram sendo apresentadas ao longo desta dissertação cumpre agora apresentar as respectivas conclusões, começando por evidenciar uma síntese das principais ideias a reter dos nove parágrafos da primeira Parte da dissertação (I.). Depois, apresenta-se uma súmula das ideias apuradas nos nove parágrafos da segunda Parte desta dissertação (II.). E, finalmente, apresentam-se as conclusões relativas aos nove parágrafos da terceira Parte (III.).

I. Na primeira Parte desta dissertação procurámos explicar o modo como o tempo *joga* com as pretensões jurídicas que o processo administrativo visa realizar. E, no quadro do direito ao processo efectivo e temporalmente justo — um direito consagrado no *ius commune europeu* e na Lei Fundamental — procurámos perceber em que termos a tutela judicial das pretensões jurídicas, quando configuradas numa *situação-de-urgência*, pode exigir reajustamentos na forma como o *sujeito-jurisdicional experiencia* o tempo.

1. Não obstante a impossibilidade de se definir o tempo, é um facto que ele tem relevância no universo social e jurídico. E, não obstante ser impossível medir a sua duração de acordo com um critério unívoco, é um facto que, no universo jurídico-processual, *la durée* processual é um elemento condicionante do direito ao processo efectivo e temporalmente justo. Com efeito, o tempo não é apenas um objecto caro ao pensamento dos filósofos, nem é apenas algo sobre o qual os sociólogos e cientistas meditam. O tempo tem uma dimensão eminentemente social e jurídica. E o tempo jurídico revela-se em diversas dimensões, tanto cronológicas como de normatividade. É do interior que o direito e o tempo mutuamente se trabalham e condicionam. Aliás, a lei processual administrativa tem sido reajustada no tempo e pelo tempo.

No contexto da comunidade politicamente organizada, e entre nós, no contexto de uma comunidade politicamente organizada segundo os artigos 2.º e 111.º da CRP, é interessante verificar que cada *sujeito-estadual experiencia* e vive diferente dimensão do tempo. Na realidade, este apresenta-se tridimensional e cada um dos sujeitos que exercem os três diferentes e separados

(ainda que interdependentes) poderes estaduais tem uma diversa relação com o tempo. O *sujeito-(executivo)-administrativo* vive fundamentalmente no presente. O *sujeito-legislativo* é primordialmente um *sujeito-do-futuro*. E o *sujeito-jurisdicional*, não obstante projectar a sua actuação para o futuro, vive predominantemente no passado. Cumpre notar, contudo, que o tempo é um elemento integrante da actuação dos diversos *poderes-estaduais*, sendo que este elemento se revela como condicionante da eficácia da respectiva actuação. Esta afirmação é sobretudo verdadeira quando compreendida no quadro das funções do *sujeito-administrativo*, enquanto *sujeito-do-presente*, e do *sujeito-jurisdicional*, enquanto *sujeito-estadual* e *sujeito-do-passado* que, não obstante lidar com elementos (normas e factos) que lhe são dados do passado, tem como função restaurar o direito.

E, assim, a falta de eficácia da actuação do *sujeito-jurisdicional* pode ter duas origens. Por um lado, a ameaça decorre da actuação do *sujeito-administrativo* e da forma como exerce a sua função, uma vez que, por razão do interesse público, actua sobretudo na *dimensão-do-presente*, sendo que a eficácia da sua actuação depende normalmente da imediata execução das suas decisões. Ora, do exercício do poder de auto-tutela declarativa e do exercício do poder de auto-tutela executiva resulta vulgarmente a produção das *situações-de-facto-consumado*. Por outro lado, a ineficácia da actuação do *sujeito-jurisdicional* pode resultar da forma como este exerce a sua função. Assim, dependendo a eficácia da administração da justiça do atendimento das *pretensões-de-urgência* (incluindo do *periculum in mora*), fácil é perceber a impotência do *sujeito-jurisdicional* para realizar a restauração *in natura* do direito. Na realidade, revelando-se o *tempo-presente* como uma dimensão de tempo assaz instantânea, o *sujeito-jurisdicional* revela-se incapaz de garantir a efectividade da tutela jurisdicional administrativa. A urgência «condiciona objectivamente» a efectividade do processo (HUFEN).

É neste contexto que sai reforçada a função desempenhada pelo novo *sujeito-jurisdicional-da-urgência*. Legitimado pela Lei Fundamental e pelo *ius commune europeu*, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* vem proteger exactamente as *pretensões-jurídicas* que só têm existência na dimensão do *tempo-presente* e de cuja protecção jurisdicional atempada depende a efectividade do resultado final do processo. Assim, autorizado a agir a contra-tempo e legitimado a antever os acontecimentos nas três dimensões do tempo, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* actua sobretudo na *dimensão-do-presente* — de um presente que é simultaneamente passado muito recente e futuro muito próximo — e *decide-de-urgência*, através de um processo de menor duração, previamente concebido pelo *sujeito-legislativo*, sendo que a menor duração resulta da simplificação de forma, da aceleração de tramitação e da diminuição da duração e (ou) do conteúdo do contraditório. Mais do que um auxi-

liar do *sujeito-jurisdicional*, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* actua no âmbito de processos que são mais do que instrumentos ou acessórios ao serviço de outros processos. E, ainda que a sua actuação se caracterize, em alguns momentos, pela provisoriedade, a verdade é que o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* administra verdadeiramente a justiça. Titular de especiais poderes, quer de determinação da estrutura do processo quer de pronúncia, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* emite tanto *decisões-de-urgência-provisórias* como *decisões-de-urgência-de-mérito*, realizando a protecção jurisdicional efectiva das pretensões substantivas dos particulares, configuradas em *situação-de-urgência*. A urgência condiciona subjectivamente a efectividade do processo.

2. A função excepcional deste especial *sujeito-jurisdicional-da-urgência* só se compreende bem no contexto de uma sociedade que passa por um processo de transformação séria também ao nível cultural, *id est*, de uma comunidade que radicaliza a sua relação com o tempo, em termos que «a preferência pelo presente surge à custa da desvalorização do futuro». Na verdade, muito mais do que um problema de «aceleração do tempo», a sociedade tecnológica endeusa o presente e reina absolutamente nele, e, um pouco à semelhança de *Chronos*, corta os seus laços com o futuro. Aliás, a impossibilidade de o *sujeito-legislativo* tipificar à partida o tipo de *pretensões-jurídicas-de-urgência* a tutelar prioritariamente prende-se com a incapacidade de previsão do perigo de dano ou da ameaça de prejuízo para um direito.

No centro de qualquer *situação-de-urgência* existe tanto o perigo ou ameaça de dano como a necessidade de agir para obstar à consumação do dano ou prejuízo, sendo certo que a estes elementos acresce um elemento temporal caracterizador dos dois primeiros. A *situação-de-urgência* pressupõe o perigo de dano com relevância jurídica, falando-se de irreparabilidade, de irreversibilidade ou de prejuízos graves e irreparáveis, sendo certo que o dano é relevante se for adequado a causar a perda da efectividade da decisão a proferir no processo ou se for adequado a causar a perda de efectividade do próprio processo. De qualquer modo, a *situação-de-urgência* pressupõe a existência de uma pretensão jurídica ameaçada de lesão, num quadro temporal imediato ou muito próximo, sendo que a actuação jurisdicional que necessariamente se requer para obstar à consumação da ameaça dever concretizar-se necessariamente num quadro temporal curto, sob pena de perda de efectividade do processo ou sob pena de perda da efectividade da decisão jurisdicional que vier posteriormente a ser proferida no processo. A urgência condiciona directa e indirectamente a efectividade processual.

E a atipicidade de tais *pretensões-jurídicas-urgentes* acentua-se numa sociedade de risco, mormente quando se entra numa *terceira fase da sua história* e o risco se assume com um outro rosto e a uma outra escala, contor-

nando os tradicionais instrumentos de prevenção. Nesta fase, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* tem, pois, um papel relevantíssimo na interpretação das normas de acordo com o princípio da prevenção e da precaução e na aplicação do direito, devendo poder servir-se de novos instrumentos e técnicas. E o legislador tem, pois, de seguir um novo tópico: o tempo justo ou *la durée* justa dos procedimentos e do processo em ordem a proteger efectivamente as *pretensões-jurídicas* que só existem na *dimensão-do-presente* — dimensão que pode ser mais ou menos curta, conforme o tempo que demora a configurar-se a produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal ou conforme o tempo que demora a constituir-se uma situação de facto consumado. É dessa dimensão do tempo que depende a efectividade processual.

3. É do interior que o tempo e o direito se trabalham e se condicionam. O contencioso administrativo antigo foi sobretudo um contencioso em que reinou o *sujeito-jurisdicional*. Destituído de poderes, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* foi desempenhando apenas um papel muito secundário perante aquele primeiro. Na verdade, a LPTA conhecia a figura dos processos urgentes, reservando-lhe até um regime de tramitação próprio num seu preceito (no artigo 6.º) e consagrava expressamente duas intimações urgentes, respectivamente nos artigos 82.º e 86.º, um processo urgente do contencioso eleitoral, no artigo 59.º, o processo de produção antecipada de prova, no artigo 92.º, e o processo de suspensão da eficácia de actos administrativos. E, no que respeita ao regime aplicável à suspensão da eficácia de actos administrativos, cumpre notar que este continha um mecanismo assaz original, quando comparado com os sistemas de matriz francesa, de suspensão provisória e automática dos efeitos do acto suspendendo, sendo que a imediata suspensão da eficácia do acto decorria do recebimento pela autoridade administrativa do duplicado do requerimento de suspensão do acto, *ex vi* do artigo 80.º da LPTA.

Como demonstrámos na nossa dissertação de mestrado, seria necessário introduzir uma sistematização lógica neste regime, uma vez que a disciplina processual o não fazia e o *sujeito-jurisdicional-de-urgência*, sentindo-se atrofado pelo protagonismo do *sujeito-jurisdicional* revisor de actos, não conhecia a amplitude dos seus poderes e a importância da sua função como administrador da justiça. Faltava, pois, a sistematização aos processos urgentes principais e aos processos urgentes cautelares, em termos que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* se reconhecesse e pudesse gerir com flexibilidade todos os processos urgentes. Com efeito, sob o critério da acessoriedade, a lei processual antiga mantinha agregados no mesmo capítulo (VII) tanto processos urgentes cautelares como processos urgentes de intimação para consulta de documentos ou passagem de certidões e de intimação para um comporta-

mento, como ainda integrava o processo da execução de julgados, um processo que nem seria acessório, nem muito menos seria urgente. E, para proteger as *situações-de-urgência*, *rectius*, o *periculum in mora*, a lei processual antiga só continha um processo cautelar especificado: o processo de suspensão da eficácia do acto administrativo. E, não obstante estarem previstos dois outros processos urgentes de intimação, toda a tutela de urgência, solicitada e concedida, circundava em torno deste processo cautelar. Contudo, a valoração economicista e restritiva de conceitos indeterminados previstos nas três alíneas do n.º 1 do artigo 76.º da LPTA, a apreciação separada desses pressupostos e a ausência de ponderação de interesses públicos e privados, bem como a falta de apreciação do critério da aparência de bom direito e a impossibilidade de suspensão tanto de actos de conteúdo negativo como de normas administrativas são alguns dos exemplos das fragilidades da jurisprudência administrativa em matéria de tutela das *situações-de-urgência*.

Contudo, como o processo é ele mesmo um elemento sujeito a devir, na segunda metade da década de 90, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* foi reconhecendo os seus poderes e foi tomando conta da tarefa que lhe estava atribuída, tanto por determinação da Lei Fundamental como por determinação do Direito Processual Administrativo Europeu. Na verdade, o *indirizzo* constitucional e o *ius commune europeu* foi não só determinante nas alterações introduzidas pelo legislador português em 2002/2003, como foi significativa na influência que operou na jurisprudência administrativa nacional. E, assim, neste contexto, foi surgindo um *sujeito-jurisdicional-da-urgência* mais activo, que procurou proceder a uma aplicação mais generosa do processo da suspensão da eficácia do acto e à aplicação subsidiária de providências cautelares do CPC, *ex vi* do artigo 1.º da LPTA. Com efeito, dessa inovadora jurisprudência administrativa, que foi sendo criativamente proferida até à entrada em vigor do CPTA, em 2004, pode realçar-se aquela que versou sobre o mecanismo de suspensão da eficácia de actos administrativos (incluindo actos de conteúdo negativo), tendo os tribunais procedido à ponderação de interesses e à interpretação mais flexível dos pressupostos de deferimento da suspensão. E pode destacar-se ainda desta jurisprudência o decretamento de umas quantas providências cautelares de matriz civilista — incluindo arrestos e arbitramentos provisórios de uma quantia, providências cautelares não especificadas (de reconhecimento provisório de uma situação jurídica e a intimação para inclusão de um direito de preferência de um dos candidatos nas condições de um concurso público) — e outras tantas em sede do contencioso pré-contratual dos contratos de empreitada de obras públicas, fornecimento de bens e aquisição de serviços, decretadas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio. E, do mesmo modo, cumpre reconhecer que se procedeu à ampliação (e de certo modo à própria autonomização) da intimação para consulta de documentos ou passagem

de certidões (prevista no artigo 82.º da LPTA) e da intimação para comportamento (prevista no artigo 86.º da LPTA). Contudo, ainda assim, não pode dizer-se que, até à entrada em vigor do CPTA, o tempo tenha sido considerado como elemento integrante do direito ao processo efectivo e temporalmente justo dos *sujeitos-partes-no-processo-administrativo*.

4. O direito ao processo efectivo e temporalmente justo decorre do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva e está consagrado tanto no *ius commune* europeu como na Lei Fundamental. E este significa que a duração do processo não pode pôr em causa a efectividade da tutela jurisdicional, mormente quando o pleno exercício do poder jurisdicional depende ou está condicionado à actuação na *dimensão-do-tempo-presente*. O direito ao processo efectivo e o direito ao processo temporalmente justo têm, com efeito, existência no direito processual administrativo europeu e, tal como o TEDH e o TJ têm vindo a esclarecer, deles decorre para os cidadãos o direito a obterem a decisão de urgência, cautelar ou de mérito, conservatória ou de intimação para prestação, que se mostre adequada para realizar a defesa de direitos subjectivos que lhes são atribuídos pelo direito europeu. É assim que o TEDH tem vindo a compreender os artigos 6.º, § 1, e 13.º, da CEDH e é assim que, no quadro dos artigos 242.º e 243.º do Tratado da União, o TJ tem vindo a compreender o princípio da efectividade da ordem jurídica comunitária.

5. Neste contexto, compreende-se, pois, que sob a influência do Direito Europeu e sob o dinamismo interpretativo do TEDH e do TJ, os sistemas nacionais se encontrem em aperfeiçoamento, sendo certo que tal fenómeno de aproximação de regimes nacionais tem-se acentuado nas duas últimas décadas. E também neste momento, e, portanto, ultrapassando agora o fenómeno da influência da jurisprudência europeia na jurisprudência nacional e invocando agora as recentes reformas legislativas operadas a partir dos finais do século XX, se pressente a europeização do direito processual administrativo. Na verdade, é disso prova a convergência a que se assiste em matéria de tutela de urgência, após as diversas reformas operadas em diversos países nos respectivos códigos de processo administrativo. Não é fruto do mero acaso que as reformas introduzidas recentemente nos códigos de processo administrativo, em Espanha (1998), em França (1995/2000), na Itália (2000) e em Portugal (2002/2003), todas apresentem como denominador comum a introdução de melhorias significativas em prol da tutela de urgência. E tal é, sem dúvida alguma, um exemplo do novo aspecto da *europeização* do direito administrativo e processual administrativo, de onde emerge o *direito processual administrativo europeu da urgência*.

Foi, aliás, por impulso do direito administrativo processual de urgência europeu que, pela primeira vez, foi positivado na lei processual administrativa

o princípio da atipicidade nos processos urgentes de natureza cautelar. E foi também neste contexto que a lei processual administrativa adoptou pela primeira vez o critério da ponderação de interesses. E, finalmente, foi também nesta sequência que o legislador administrativo veio, pela primeira vez, concretizar distintos mecanismos de tutela urgente, revelando, assim, ter consciência das distintas *situações-de-urgência* e das distintas formas processuais de as cuidar. Na verdade, o legislador administrativo nacional criou um processo urgente com capacidade para decidir o mérito da causa, dando-lhe *um corpo* e não apenas um nome, e criou um processo urgente de natureza cautelar, com aptidão para decidir apenas provisoriamente a causa. E isto, que acabou de se apontar, não é despidendo. E não é, tanto mais quanto se sabe em que termos estas inovações introduzidas parcelarmente no contencioso administrativo pré-contratual, em 1998, com o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, foram posteriormente integradas no CPTA.

6. Falamos, pois, de uma *europização* do direito processual administrativo da urgência que não se mantém somente no nível restrito da protecção cautelar. Bem pelo contrário, este fenómeno alarga-se à própria consideração metodológica de medição da razoabilidade da duração do processo e alarga-se também aos momentos da concretização dos remédios e das garantias preventivas e ressarcitórias (em caso de violação) do direito ao processo efectivo e temporalmente justo. Em abono da verdade, a *europização* do direito processual administrativo não acontece somente no que respeita à afirmação da existência do direito ao processo temporalmente justo. Ela incide também no momento da previsão das garantias desse direito. De acordo com uma leitura actualizada do artigo 13.º da CEDH, incumbe aos Estados proporcionar aos seus cidadãos recursos efectivos (mecanismos ou processos judiciais preventivos ou repressivos) que sejam adequados a assegurar o direito ao processo temporalmente justo (previsto no artigo 6.º, § 1). E a consagração nos panoramas legislativos nacionais de remédios preventivos e repressivos do direito à prolação de sentença em prazo razoável, sob a égide da CEDH e do TEDH, constitui mais uma das dimensões da *europização* do Direito Processual Administrativo. E é também neste contexto que se assiste à convergência tanto dos mecanismos nacionais que concretizam o direito ao recurso efectivo, previsto no artigo 13.º da CEDH, como dos regimes jurídicos nacionais de reparação dos danos decorrentes da violação do prazo razoável. A incidência europeia acontece tanto sobre o *sujeito-jurisdicional* como sobre o *sujeito-legislativo*.

7. Enfim, daqui resulta que a compreensão do direito ao processo efectivo e temporalmente justo consagrado no ordenamento jurídico nacional pres-

supõe, pois, uma leitura conforme com os princípios hermenêuticos de matriz europeia. Neste contexto, pode dizer-se que mantém toda a actualidade o princípio *chiovendiano*, «*il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire*», sendo que a duração do processo tem de ser avaliada numa medida que atende à complexidade da causa e à urgência da situação jurídica que é carente de tutela jurisdicional. A duração do processo é, só por si, um elemento aferidor da efectividade da acção. E é, de facto, a partir de tal entendimento que se compreende a necessária previsão de processos urgentes autónomos e processos urgentes cautelares na lei processual administrativa, uma vez que para as *situações-de-urgência* o processo só é efectivo se for temporalmente justo.

8. Na verdade, o tempo tem, pois, uma relação directa e uma relação indirecta com a efectividade da tutela jurisdicional. A duração do processo, principalmente quando ultrapassa certos limites, pode ser apta a diminuir o sentido da sentença final, ou a torná-la vã e, conseqüentemente, inútil, sendo suficiente para isso que, por impossibilidade de execução, a sentença deixe de corresponder às expectativas criadas pelo ordenamento jurídico europeu e nacional aos *sujeitos-partes-num-processo*. Ora, à luz do direito ao processo efectivo e temporalmente justo, a impossibilidade de execução de sentença decorre, sem dúvida, da produção de uma *situação-de-facto-consumado*. E, neste sentido, podemos dizer que o elemento tempo condiciona indirectamente a efectividade da tutela jurisdicional. Mas, e pelo contrário, a adequada celeridade do processo é também condição imediata da satisfação que o sistema processual promete realizar aos *sujeitos-partes-num-processo*. A duração do processo é por si só elemento aferidor da efectividade da tutela judicial. É neste contexto que se assiste a uma difícil tarefa de temperamento entre o processo justo e o processo temporalmente justo e se assiste a uma renovada tensão entre *la durée* processual e a urgência.

9. Como a duração razoável do processo é, em qualquer caso, garantia fundamental do direito à tutela jurisdicional efectiva, cumpre questionar como é que o *sujeito-jurisdicional* pode realizar simultaneamente os interesses eminentemente de natureza actual das duas entidades que vivem *asincronicamente* no presente. Ora, a sincronização depende da lei e da sua interpretação conforme com uma metodologia mediadora, procurando, em cada caso, evitar que, a partir do processo, se produza a perda irreversível de um dos direitos ou dos interesses dos *sujeitos-partes-no-processo*. E, assim, no quadro de um estatuto de igualdade processual entre os *sujeitos-partes-no-processo*, sejam eles sujeitos particulares ou o *sujeito-(executivo)-administrativo*, a lógica subjacente ao princípio impõe uma repartição proporcional de riscos entre os

sujeitos-partes-no-processo. E assim, dada a impossibilidade humana de tutelar jurisdicionalmente em simultâneo e no presente ambas as *pretensões-jurídicas*, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* está legitimado, ainda assim, se tal for necessário, a abrir mão de uma delas. Assim, uma leitura comparada das leis processuais administrativas francesa e alemã demonstra que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência que realiza a ponte entre o passado e o futuro* deve poder servir-se de processos simplificados e de processos de tramitação acelerada para decidir as pretensões jurídicas substantivas urgentes, ou, não existindo tal tipo de processos, deve poder servir-se de processos acessórios, nos termos do quais deve ser possível realizar uma cognição sumária sobre o direito material que rege as diferentes pretensões e interesses, sendo que, em função do resultado apurado dessa cognição, o *sujeito-jurisdicional-da-urgência* pode emitir uma *decisão-de-urgência-provisória* conservatória ou antecipatória. E, existindo o risco de tal *decisão-de-urgência* produzir uma *situação-de-facto-consumado* em detrimento de um dos *sujeitos-partes-no-processo*, considera a doutrina que a lógica subjacente à tutela de urgência é a de que tal situação deve criar-se em prejuízo do *sujeito-parte-no-processo* que demonstrou em juízo possuir uma menor probabilidade de vir a vencer no processo principal. Só assim se permite reduzir ao máximo as hipóteses em que se decide com erro. Contudo, nem sempre o *sujeito-legislativo* concretiza esta lógica. E, por vezes, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* também não é sensível ao quadro da urgência, sendo que, não raras vezes, prefere deixar que as *situações-de-urgência* se esgotem e desapareçam no e com o tempo.

Há, portanto, diferentes formas de tutelar a urgência. Por vezes, o *sujeito-planificador* prevê especialmente tipos de processos em que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* se comporta como *sujeito-jurisdicional*, podendo emitir *decisões-de-urgência-de-mérito* ou decisões que resolvem toda a questão litigiosa e transitam em julgado. Outras vezes, o *sujeito-estadual-do-futuro* prevê processos acessórios, no âmbito dos quais o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* surge titular de uma função de auxílio do *sujeito-jurisdicional*. E neste contexto só pode emitir *decisões-de-urgência-provisórias*. Enfim, é no quadro traçado pelo legislador português de 2002/2003, nos termos do qual veio acolher estas soluções, que se questiona, que tipo de tutela é esta que surge aparentemente diferente, mas ao mesmo tempo semelhante, e que é exercida pelo mesmo *sujeito-jurisdicional-da-urgência*, através de processos consagrados no Título IV do CPTA e outras vezes através de processos previstos no Título V do CPTA. Estaremos perante uma categoria de tutela jurisdicional de urgência?

II. Na segunda Parte desta dissertação procurámos estudar exactamente os processos que servem para tutelar a urgência e a forma como através des-

ses processos o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* proporciona a satisfação das pretensões jurídicas. E, exactamente, com este objectivo, procurámos saber o que pode fazer da tutela de urgência uma categoria. Assim, seguindo uma metodologia que tem em conta os ensinamentos da ciência do direito processual, procurámos descrever os critérios que (num certo momento da história) serviram de suporte à autonomização sistemática da tutela de urgência — *rectius*, da tutela cautelar. Depois, no contexto do contencioso moderno, perdida a uniformidade da figura cautelar, procurámos estudar as principais técnicas de que o legislador se foi servindo para assegurar a tutela jurisdicional efectiva. E importante seria estudar a técnica cautelar, ou técnica que decorre da *accessoriedade-instrumentalidade* do processo urgente cautelar, a técnica da antecipação, a técnica da provisoriedade e a técnica da sumariiedade. Ao longo do estudo, a técnica da *summaria cognitio* foi-se revelando como uma técnica sempre presente, ao longo dos tempos, nos textos da lei processual e nos textos das escolas de direito processual, revelando-se ser uma técnica indispensável na concretização da categoria da tutela jurisdicional de urgência. Nada mais poderia justificar o seu estudo aturado, já que a mesma técnica foi-se demonstrando como necessária num contencioso tardo-moderno.

1. Houve um momento na história e um lugar onde a tutela de urgência foi mais do que uma figura concretizada por diferentes técnicas processuais. Isso aconteceu, de facto, em Itália, no início do século XX. Não deixa, aliás, de ser curioso que tenha sido a escola italiana a primeira a autonomizar a categoria da tutela de urgência. Na verdade, tendo em conta a influência exercida na escola italiana pelos estudos germanísticos do século XIX, mal se imaginaria que os autores italianos tivessem metodologicamente justificado a autonomização da tutela de urgência. Afinal, os textos alemães em que a escola italiana se inspirou afirmavam a pertença sistemática dos processos cautelares ao processo de execução, sendo os mesmos tidos como um tipo de anexo ou de instrumento ou mera garantia da execução das sentenças. Contudo, o lastro romano estava nessa construção e estava lá no objecto do estudo das suas Escolas o Digesto do *Corpus Iuris Civilis* e a figura *justinianeia* de *summam cognoscere*. E, por isso, a justificação e a autonomização da categoria processual da urgência foi conseguida pelo génio criativo dos autores italianos do início do século XX, o mesmo acontecendo na Alemanha, mais tarde. Enfim, de um modo ou de outro, cumpre perceber que durante o período do contencioso clássico, a ciência do direito processual considerou que a urgência exigia uma categoria de tutela jurisdicional própria, uma estirpe de tutela cuja autonomização foi sendo invocada a partir de diferentes critérios. E essa figura seria caracterizada pela sua distinta função, sendo que, por isso mesmo, seria uma tutela provisória e sumária. Aliás, a leitura dos textos italianos antigos,

que versam sobre a tutela jurisdicional das situações de urgência, permitem-nos concluir que até há pouco mais de metade do século passado, a tutela de urgência realizava a terceira função da tutela jurisdicional, a função preventiva, e, por isso, e *ex vi* do princípio da tutela jurisdicional efectiva, havia uma absoluta correspondência entre a urgência e o *periculum in mora* e entre a tutela jurisdicional de urgência e a categoria designada por tutela cautelar. E também permite concluir que a urgência foi sendo associada a múltiplos conceitos técnico-jurídicos, especialmente ao de provisoriedade, de antecipação e de *summaria cognitio* e que o tipo de tutela jurisdicional que protege as situações de urgência é destacado como uma categoria de tutela jurisdicional autónoma, à qual é reconhecida uma natureza jurídica especial e um carácter excepcional, em face da tutela dita ordinária ou comum.

Neste cenário, destaca-se o modelo ímpar de tutela de urgência de CHIOVENDA, um modelo que contém para a efectiva protecção das *situações-de-urgência* a «acção asseguradora», como figura geral, como figura atípica e como forma de «acção autónoma». E destaca-se igualmente a monografia sistemática de CALAMANDREI: a *Introdução ao Estudo Sistemático das Providências Cautelares*, um texto que constitui um importante estudo categorial da tutela de urgência e das suas características e que marcou não só a dogmática italiana, espanhola e portuguesa da altura como a vindoura. É nesta obra que o autor estuda com mais intensidade a tutela cautelar e lhe destaca a característica distintiva da instrumentalidade, tendo-lhe realçado igualmente o seu *scopo pubblicistico*. Neste contexto, reduzida a atenção para uma parte da categoria mais lata que é a tutela de urgência, o estudo *calamandreiano* tem uma enorme influência, quer na dogmática quer no legislador dos vários países latinos. Contudo, pouco a pouco, com o aparecimento dos fenómenos do contencioso moderno, tais caracteres começam a perder a força agregadora e a classificação perde-se para dar lugar a outras.

2. Entre nós, houve uma altura em que por inspiração na dogmática italiana se procurou categorizar a tutela de urgência. Contudo, entre a tradição da «tutela preventiva» e a nova figura da tutela cautelar, a ciência portuguesa do direito processual do segundo quartel do século XX inclinou-se para o estudo da tutela de urgência sob os cânones da tutela cautelar, deixando de parte um rol significativo de processos de natureza urgente e preventiva, sendo certo que algumas continuam inseridas no grupo dos processos especiais e outros pertencem especificamente à sub-estirpe dos processos de jurisdição voluntária. Aliás, lembrando a estrutura do Código de Processo Civil português, cumpre dizer que a sistematização dos processos de urgência está ainda, de todo em todo, por realizar, sendo que essa sistematização apenas contempla os processos cautelares. E a sistematização que existe em torno desta

«figura», deve-se a ALBERTO DOS REIS. Contudo, as figuras que mais recentemente o legislador veio introduzir no panorama legislativo português são prova de que a tutela de urgência não se resume à tutela cautelar e que a acessoriedade-instrumentalidade, a provisoriedade e a antecipação qualitativa não são senão técnicas ao serviço da tutela de urgência. Mas, há outras. E há outras figuras processuais nas quais a técnica da acessoriedade-instrumentalidade e da provisoriedade são dispensadas pelo legislador da actualidade.

3. É, aliás, também pelo perfil sistemático que o estudo da escola italiana se distancia perante o da francesa, uma vez que, não obstante os textos legislativos franceses preverem desde muito cedo modalidades jurisdicionais próprias para tutelar a urgência, *maxime* as figuras de *référé* e da *ordonnance sur requête*, a heterogeneidade que as mesmas figuras foram alcançando a partir da década de setenta do século XX tornou muito difícil a sua categorização. Aliás, fruto de constantes alterações parcelares introduzidas na lei e fruto de uma jurisprudência criativa que foi surgindo como resposta a necessidades reveladas na *praxis*, a heterogeneidade daquelas figuras foi-se acentuando no contexto de um contencioso de tipo moderno, constituindo, por isso, sério obstáculo à sua categorização. As tentativas aconteceram ainda assim pelo perfil da «provisoriedade». E a recente multiplicação de processos para tutelar a urgência — e que vão para além do modelo tradicional de *référé* — é prova de que a tutela de urgência existe, tem tendência a ser associada a diversos fenómenos típicos do contencioso moderno e pós-moderno e aguarda a classificação como categoria processual.

4. E, com efeito, no contexto do contencioso moderno, várias foram as tentativas de proceder à categorização de processos especiais de perfil simplificado e célere. Contudo, com a modernização do contencioso, a heterogeneidade dos processos de molde urgente foi-se rapidamente acentuando. Assim, com o passar dos tempos, com o aceleração da vida social e económica, por um lado, e com o surgimento de novas figuras processuais, por outro, o carácter relativamente homogéneo da tutela de urgência que caracterizava o sistema italiano foi-se esvanecendo e foi-se acentuando em outros sistemas processuais, ao mesmo tempo que a categoria da tutela cautelar se foi diluindo e metamorfoseando no diverso campo das modalidades de tutela especial de tonalidade urgente e de cariz simplificado e acelerado.

Enfim, o contencioso de tipo moderno trouxe consigo a heterogeneidade processual. E neste quadro, a *situação-de-urgência* ultrapassa claramente o *periculum in mora* e o *tertium genus* cautelar transforma-se simplesmente em «técnica cautelar». Paralelamente, acentua-se a dissociação entre a técnica cautelar e os conceitos de antecipação, provisoriedade e sumariedade, tendo sido

reforçada a inclusão destas técnicas em outros tipos de tutela jurisdicional, deixando, pois, de ser apanágio daquela figura e assumindo-se autonomamente como «técnicas» concorrentes, *maxime*, quando aplicadas às *situações-de-urgência*. Neste contexto, se o *proprium* da técnica cautelar continua a residir na sua *accessoriedade-instrumentalidade*, característica que condiciona a sumariedade, impõe a provisoriedade e permite a antecipação limitada dos efeitos de uma sentença principal, já outras modalidades da tutela de urgência autónomas dispensam a provisoriedade e integram formas mais intensas de antecipação e de cognição.

Neste contexto, a heterogeneidade da figura de urgência revela-se em pleno. E a ciência do direito processual, incapaz de ditar critérios uniformes de classificação sistemática, raramente a invoca como categoria própria e autónoma, uma vez que esta se vai desdobrando em diferentes figuras, uma criada *ex novo* pelo legislador, entre as quais se incluem a tutela cautelar de tipo clássico e outras figuras processuais sem classificação dogmática, e outras que resultam de uma prática jurisprudencial criativa, a saber, a tutela cautelar desvirtuada: aquela que, com diferente *modus procedendi*, antecipa no todo ou em parte os efeitos da decisão de mérito, servindo para solucionar os prejuízos decorrentes da demora patológica do processo. Ora, assim surge a tutela de urgência no contencioso moderno, uma figura que tanto decorre do princípio da tutela jurisdicional efectiva e do direito à prolação de sentença em prazo razoável como aparece envolvida e confundida com instrumentos de aceleração e simplificação processual, no contexto do princípio da economia do processo. Assim, surge uma figura que vai ganhando contornos diferentes, diversos e desiguais. Longe vão os dias em que classificar os processos era simples e determinar a natureza jurídica dos processos de urgência era fácil. Contudo, a ciência do direito processual está atenta aos novos fenómenos e não descarta a classificação sistemática. E, assim, confrontada com uma constelação de técnicas ao serviço da urgência, a ciência do direito processual procurou sistematizar os novos processos especiais (alguns simplificados, outros de urgência) a partir ou da técnica da provisoriedade, ou da técnica da antecipação e ou da técnica da sumariedade.

No quadro da urgência, a técnica da provisoriedade pode ser entendida em dois sentidos. Um que apela ao carácter temporário e à duração limitada no tempo dos efeitos da decisão urgente — a decisão não tem qualquer efeito de caso julgado perante a causa principal e pode ser modificada ou revogada pelo juiz que a proferiu, bem como pode ser alterada *rebus sic stantibus* — e o outro que se reconduz para o sentido qualitativo de provisoriedade e para o especial conteúdo da decisão provisória, visto que as decisões provisórias são aquelas que não antecipam a decisão da causa principal («ne portent pas pré-judice au principal»). Enfim, num primeiro sentido, esta técnica desdobra-se,

pois, no facto de a decisão não ser definitiva e, com isso, significar que a eficácia de tais medidas é interina pois está sujeita a termo ou condição, uma vez que o juiz pode determinar o período de tempo de duração ou vigência da medida urgente decretada — sendo que, neste caso, a expressão provisória corresponde verdadeiramente a «temporária» — ou pode significar, igualmente, que lhe falta a capacidade para transitar em julgado e adquirir a autoridade e a estabilidade típicas desse estado de caso julgado, podendo extinguir-se (mormente por caducidade). Até porque pode ser revista, a decisão provisória está sujeita a revisão por alteração das circunstâncias. Num segundo sentido, a provisoriedade manifesta a funcionalidade da decisão (falando-se de provisoriedade quanto ao fim, segundo a lógica *calamandreiana*) e traduz a consequência da *máxima* que proíbe o juiz da urgência (o juiz cautelar, o juiz do *référé provisoire* ou o juiz da *einstweilige Rechtsschutz* de se intrometer na causa principal e de a pré-julgar («pré-juger») e pré-definir. Era neste sentido que a ciência clássica alemã do processo civil entendia que a «decisão provisória em sentido restrito» devia constituir um *minus* (BAUR) e um *aliud* (JAUERNIG) perante o conteúdo da decisão principal, já que a *decisão-de-urgência* não poderia antecipar nem decidir a questão litigiosa subjacente à causa principal.

5. A técnica da antecipação foi sobretudo estudada pela escola italiana, no contexto dos processos urgentes acessórios ou cautelares. E, exactamente, por isso, sempre foi negada a existência de uma categoria de tutela judicial antecipatória. E se durante algum tempo a antecipação foi sendo fundamentalmente associada a decisões provisórias proferidas em certos domínios e atendendo a certas matérias (domínios da jurisdição voluntária), mais recentemente, tal técnica foi sendo alargada a outros domínios e foi sendo integrada no âmbito do processo ordinário previsto no c.p.c., sendo que através dela o legislador procurou proporcionar uma antecipação na satisfação das pretensões jurídicas relativas a condenações no pagamento de quantias de certo valor e a condenação na prestação de certo tipo de factos, realizando assim também o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, a par de outros valores processuais (qual seja o da economia processual). Fundamentalmente no quadro dos artigos 423.º, 186.º-*bis*, 186.º-*ter* e 186.º-*quarter* c.p.c., a doutrina italiana procura distinguir a decisão propriamente antecipatória da decisão antecipatória cautelar, sendo que esta é sobretudo uma *decisão-provisória-antecipatória-quanto-ao-fim*.

Difícilmente aceite como categoria, a maioria da doutrina italiana prefere continuar a falar da técnica da antecipação e prefere distinguir tipos de antecipação. Neste sentido, a antecipação funcionalmente dependente ou instrumental, que é operada no seio dos processos urgentes cautelares, continua a distinguir-se da antecipação *tout court*. Assim, porque a antecipação cautelar

não se reduz ao interior de um único processo e à mesma acção, requisito que é essencial para se identificar «a técnica da antecipação de actos», a técnica da antecipação da tutela cautelar não se identifica com a técnica antecipatória em sentido restrito. O processo cautelar tem autonomia, tem pressupostos diferentes do processo principal (o *periculum in mora* e a provável existência do direito) e produz efeitos diferentes sobre a situação controversa sob que versa o processo assegurado. Assim, a *decisão-de-urgência-cautelar* antecipa efeitos de uma *fattispecie* diferente. Antecipa os efeitos da decisão principal que são diferentes qualitativamente, uma vez que a *decisão-cautelar-antecipatória* tem uma função que não é «dichiarativa del diritto controverso», mas é instrumental perante os efeitos (esses sim, *declarativos*) que a sentença de mérito deverá vir a produzir.

Além disso a antecipação cautelar é sempre provisória, surgindo sempre limitada. Também na Alemanha, a antecipação cautelar, que é própria das *einstweilige Verfügungen*, está *apertada* por limites rigorosos, entre eles «die Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache», o mesmo acontecendo na França, uma vez que nestes sistemas o *juiz-das-medidas-provisórias* não pode proceder senão a uma antecipação provisória ou decisão que deixa aberta a questão litigiosa existente entre as partes.

6. Aliás, procurando descobrir o que falha em alguma das tentativas, principalmente quando se salta dos processos cautelares para outros processos urgentes não cautelares, percebemos que apenas a técnica da *summaria cognitio* se mantém sempre presente em todos os processos que tutelam a urgência. Não se ignora, contudo, quais são as dificuldades que tal conceito encerra, mormente se tivermos em conta que, nos estudos desenvolvidos sobre a figura, um é o ponto de partida e muitos são os pontos de chegada. Ainda assim, procurando ir beber à dogmática mais antiga, foi possível identificar dois aspectos distintos de sumariedade: a sumariedade procedimental e a sumariedade da cognição.

E a sumariedade do procedimento manifesta-se na regulação simplificada e abreviada do *modus procedendi* do processo, por um lado, e na ausência (ou insuficiência) de regulação e desvio para o juiz dessa tarefa de conformação procedimental, por outro, sendo certo que, no que respeita à primeira modalidade, o legislador consegue esta finalidade prevendo um número reduzido de articulados, um número reduzido de fases do processo e a configuração facultativa de alguma delas, estipulando, em todo o caso, prazos curtos para a prática de actos processuais. No que respeita à segunda, porque a *sumariedade procedimental* também resulta da desregulação processual e da ausência de formas e termos pré-constituídos, a simplificação e a abreviação são alcançadas pela transferência para o juiz do poder de conformar o *modus procedendi*, escolhendo a forma e os trâ-

mites a seguir. Portanto, tanto a concretização da técnica da indeterminação legal da estrutura do processo como a entrega ao juiz do poder de determinação/conformação da estrutura processual e das formas a seguir são modalidades de concretização da sumariedade procedimental.

Por outro lado, cumpre dizer que a *sumariedade cognitiva* também se manifesta de diversas formas. E, assim será, se o regime especial de um processo instrutório consagrar modalidades de configuração da técnica da sumariedade da cognição, a saber: a configuração de um modelo de cognição não plena (ou sumária) por determinação legal, sendo certo que esse modelo integra um procedimento de instrução e produção de prova especial, em que se prevê a atenuação (que tanto pode ser de conteúdo como apenas de duração) ou um desvio sério (exceção) ao modelo de contraditório participativo-igualitário de partes, sendo certo também que tal pressupõe (ou pode pressupor) a técnica da inversão do contencioso ou técnica do processo de cognição unilateral (ou procedimento *inaudita altera parte*), traduzível no contraditório diferido ou incompleto e sendo certo finalmente que tal cognição sumária pode pressupor ainda a simplificação, incompletude, não esgotamento de prova (ou prova *sumária*, enquanto prova restrita, não esgotada ou prova imediata). Ora, a sumariedade da cognição para além de poder resultar da existência de material instrutório limitado quantitativamente (por não ter em conta todos os factos controvertidos ou por se traduzir em material instrutório não esgotado), também pode resultar da previsão de um modelo em que o juiz é titular de excepcionais poderes de instrução probatória, podendo configurar-se como elemento desequilibrante do modelo igualitário do contraditório.

7. Mais recentemente, os estudos italianos realizados fora do quadro da tutela cautelar, ou para além deste domínio específico de protecção jurisdicional, continuam a demonstrar que existe um ligamento obrigatório entre os conceitos de tutela jurisdicional de urgência e o conceito de sumariedade. Contudo, o perfil italiano de *summaria cognitio* não apresenta uniformidade. Antes pelo contrário, hoje, este é explicado a partir de duas perspectivas. A corrente de inspiração clássica, que agora podemos chamar de corrente neo-clássica, procura reduzir o conceito de *summaria cognitio*, circunscrevendo-o ao domínio dos processos de urgência que concretizam a técnica cautelar. E, por isso mesmo, servindo-se de um critério que atende à qualidade do *accertamento* proferido no âmbito do processo sumário cautelar, tende a associá-lo a um conceito muito reduzido, correspondendo a verosimilhança. A corrente moderna, aquela que propõe um conceito amplo de *summaria cognitio*, alarga o conceito de sumariedade ao momento procedimental e anula a posição tradicional naqueles que são considerados os seus momentos empíricos e equívocos, incluindo o juízo de verosimilhança e o juízo hipotético.

Em qualquer caso, a *summaria cognitio* está associada à urgência e a processos especiais simplificados e a procedimentos instrutórios caracterizados por conterem desvios e atenuações às regras-comuns e aos princípios que versam sobre a prova. A prova sumária é sinónimo de material probatório reduzido ou não esgotado, sendo certo que, no que concerne à formação da convicção do julgador, tal tipo de prova não se identifica com prova de qualidade inferior.

8. Estas duas correntes de opinião revelam-se também no domínio da dogmática alemã e no contexto dos estudos franceses. De resto, pode perceber-se que a urgência pressupõe sempre uma tutela jurisdicional distinta da ordinária, quer em termos procedimentais, onde se fala de processos simplificados e abreviados, quer em termos de cognição. A tutela de urgência pressupõe sumariedade e esta atinge sobretudo a duração e o conteúdo do contraditório. Assim, o procedimento *inaudita altera parte* que resulta da técnica do contencioso invertido (como se afirma na dogmática francesa), a restrição dos meios de prova, por regra, já que esta tem de ser imediatamente disponível, e a ampliação dos meios de prova, através da possibilidade da apresentação das alegações sob juramento, são exemplos de especificidades da concretização da sumariedade da cognição concretizada por razões de urgência no sistema francês e no alemão. De resto, a par da simplificação e aceleração na instrução probatória, a diminuição do grau de prova quanto à demonstração dos factos é outro exemplo comum que diz respeito à concretização da sumariedade cognitiva por razões de urgência.

9. Há, contudo, momentos referentes à *summaria cognitio* que cumpre rever. E há duas correntes alemãs que revisitam a figura romana de *summam cognoscere* e a partir delas sustentam o conceito de *summaria cognitio* da cognição de urgência, sendo que uma delas considera que tal conceito incide sobre a quantidade da prova, mas já não tem nada que ver com a intensidade — em termos qualitativos — da convicção do juiz, no que concerne ao exame da *quaestio facti*, e muito menos tem que ver com o juízo que versa sobre a *quaestio iuris*. Neste sentido, fica, pois, claro que é possível identificar elementos concretizadores da sumariedade procedimental e elementos concretizadores da sumariedade cognitiva, sendo que o julgamento da matéria de facto no processo sumário não depende do carácter sumário da prova — porque a prova nunca é julgada sumariamente, sendo avaliada como qualquer outro tipo de prova — e o julgamento aberto da matéria de direito nos processos cautelares depende apenas da acessoriedade-instrumentalidade desse processo e da obrigatória necessidade de respeitar a provisoriedade.

Enfim, em contas simples, deste estudo tanto resulta a falência da exclusividade da técnica da acessoriedade-instrumentalidade (ou técnica cautelar) para

proporcionar toda a *tutela-jurisdicional-de-urgência* como resulta a necessária abertura para se colocarem outras técnicas processuais ao serviço desse desiderato. E o balanço final desta segunda Parte da dissertação aponta para a possibilidade de configurar a existência de uma categoria de tutela de urgência a partir de diferentes técnicas, sendo que, no contencioso tardo-moderno, a técnica da sumariedade é eleita como técnica distintiva de tal categoria, uma vez que em todos os processos que servem para tutelar a *situação-de-urgência* há desvios e exceções perante o instituído e tido como ordinário ou comum — atingindo a simplificação e a abreviação do *iter* processual como resultado. A categoria da tutela de urgência sai estruturalmente reforçada a partir da identificação de um conceito técnico-jurídico de sumariedade.

III. Na terceira Parte da dissertação estabelecemos como objectivo justificar a existência da categoria da tutela de urgência no contencioso administrativo. E, por isso, procurámos estudar os processos urgentes autónomos consagrados no Título IV e os processos urgentes não autónomos previstos no Título V do CPTA, evidenciando as diversas técnicas de urgência neles concretizadas. Neste sentido, procurámos proceder a uma classificação categorial que atendesse à forma processual, que atendesse ao perfil funcional (e, de certo modo, ao perfil funcional-estrutural) e a elementos de matriz estrutural (ou, sobretudo, que atendesse a elementos de natureza estrutural-formal).

1. O modelo de tutela urgente previsto no Título IV do CPTA e o modelo de tutela urgente consagrado no Título V do CPTA não são mais do que duas modalidades de uma (mesma e única) categoria de tutela de urgência que o legislador veio consagrar no contencioso administrativo com a reforma introduzida em 2002/2003. E assim é, em primeiro lugar, se o parâmetro de classificação atender à forma processual. É certo que à mesma forma de processo podem corresponder acções com diferente natureza e com distinto valor e é certo que a mesma forma de processo pode aplicar-se a processos distintos. E também é certo que é possível configurar uma diversidade de formas processuais, bem como é possível proceder a diversas classificações conforme o critério que se utilize para proceder à respectiva leitura classificativa. Temos para nós que a escolha do factor que atende à *situação-de-urgência* em que se encontra a situação carente de tutela jurisdicional vai ao encontro da classificação legal, constante do artigo 36.º do CPTA. E, assim, não obstante as especificidades concretizadas em cada um dos tipos de processos consagrados nos Títulos IV e V do CPTA, é possível proceder à sua arrumação, em termos que, do ponto de vista da forma processual, tanto um como outro são modalidades de uma (mesma e única) categoria de tutela de urgência. A catego-

ria de urgência apresenta-se legalmente delimitada pela forma, uma vez que o legislador veio demarcar um modelo de tramitação processual especial para as causas cuja situação de carência de tutela está envolvida numa *situação-de-urgência-típica* ou numa *situação-de-urgência-atípica*, vulgarmente associada ao *periculum in mora*. Assim é *ex vi* do artigo 36.º do CPTA.

2. Com efeito, considerando o critério da forma, cumpre dizer que, com a reforma introduzida no regime do processo administrativo, em 2002/2003, o contencioso administrativo passou a integrar dois modelos processuais, a saber: o modelo ordinário e o modelo especial, sendo que a *situação-de-urgência* em que se encontra a situação que é carente de tutela judicial é para nós o factor determinante na classificação das duas grandes formas processuais previstas no contencioso administrativo. Neste sentido, cumpre, pois, precisar que, nos termos do artigo 35.º do CPTA, o actual contencioso administrativo integra um modelo de tramitação ordinário, cuja forma processual geral é seguida pelos processos declaratórios e executórios, tidos como processos ordinários ou comuns, e integra um modelo de tramitação especial, cuja forma urgente é seguida pelos processos especiais que são classificados pelo legislador no artigo 36.º como processos urgentes.

Com efeito, o modelo de tramitação ordinário, que é seguido por processos cujo objecto integra *pretensões-não-urgentes*, desdobra-se, na verdade, em dois principais modos de tramitação, conforme o tipo de *pretensões-não-urgentes* invocadas em juízo seja ou não relativa à prática ou omissão de actos ou de normas administrativas. Assim, o modelo de tramitação ordinário desdobra-se em duas *formas-gerais*, a saber, uma que está contemplada para a acção administrativa comum, nos artigos 513.º e ss. da lei processual civil, e uma outra, que está prevista para a acção administrativa especial, nas disposições constantes do capítulo III do Título III do CPTA e artigo 513.º e ss. do CPC. E, a par do modelo de tramitação ordinário, a lei processual administrativa contém uma disciplina tendencialmente uniforme a aplicar tanto nos processos cujo objecto integra *pretensões-urgentes-típicas* como nos processos cujo objecto alberga *pretensões-urgentes-atípicas*. De facto, *ex vi* do artigo 36.º, n.º 1, do CPTA, o modelo de tramitação urgente é seguido tanto pelos processos urgentes previstos no Título IV como pelos processos previstos no Título V do CPTA. Contudo, como o âmbito de incidência deste modelo não está legalmente fechado, isso significa que o modelo de tramitação urgente é um modelo aberto, aplicando-se ainda a outros processos especiais previstos como tais em legislação avulsa. Além disso, o modelo de tramitação urgente aplica-se também a outros processos urgentes que o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* entenda criar, num caso concreto, nos termos dos artigos 48.º, n.º 4, 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA.

3. E este modelo de tramitação especial deixou de ser *excepção* e passou a representar o contencioso regra para realizar o direito ao processo efectivo e o direito ao processo temporalmente justo para as *situações-de-urgência*, adquirindo, assim, um espaço próprio, autónomo e especial dentro do contencioso administrativo global. O modelo de tramitação especial revela-se legalmente determinado, *ex vi* do artigo 36.º do CPTA, por aplicação do factor de urgência e apresenta-se como forma exclusiva e única, por contraste com a primeira, sempre que em causa esteja a realização das *pretensões-jurídicas-de-urgência*. Com efeito, imposto obrigatoriamente pela lei para realizar a tutela judicial em determinadas *situações-de-urgência* referentes ao contencioso eleitoral sujeito à jurisdição administrativa, ao contencioso pré-contratual relativo a quatro contratos públicos, ao contencioso das intimações urgentes para protecção de certos direitos fundamentais e às *situações-de-urgência* coincidentes com o *periculum in mora*, o modelo de tramitação especial previsto nos Títulos IV e V do CPTA é sistematicamente distinguido e classificado na lei processual administrativa. E, do ponto de vista do princípio da legalidade da forma, o modelo de tramitação especial configura-se como via própria e autónoma perante o modelo de tramitação ordinário e revela-se como prioritária e imperativa (ou exclusiva) para tutelar aquelas *situações-de-urgência-típicas* contempladas no CPTA ou em legislação especial, e as *pretensões-de-urgência-atípicas* que constituem o objecto do processo cautelar.

Assim, o processo eleitoral, previsto nos artigos 97.º e ss. do CPTA, segue o modelo de tramitação urgente exactamente porque o seu objecto integra uma modalidade típica de *pretensões-urgentes*, *id est*, pretensões que, concernentes a uma situação de carência de tutela judicial envolvida numa *situação-de-urgência-especificada*, dizem respeito ou a um procedimento eleitoral irregular, que contamina o acto final desse procedimento, ou a um tipo específico de invalidade de um acto pré-eleitoral (referente ao acto de exclusão ou omissão de eleitores ou elegíveis) ou ao acto eleitoral propriamente dito. E, assim, as *pretensões-urgentes* a realizar através deste processo dizem respeito tanto ao acto eleitoral propriamente dito (e respectiva homologação) como abrangem algumas (se bem que poucas) questões autónomas do procedimento, nomeadamente as relativas à inscrição (exclusão ou pura omissão) nos cadernos eleitorais ou à recusa de admissão de listas a sufrágio.

Depois, segue a tramitação urgente impugnatória o processo cujo objecto integra a *situação-de-urgência* relacionada com o procedimento de formação de quatro tipos de contratos públicos, quais sejam o contrato de empreitada e concessão de obras públicas, o contrato de prestação de serviços e o de fornecimento de bens. Devendo o procedimento pré-contratual obedecer aos princípios da legalidade, da livre concorrência, de igualdade e de imparcialidade, a situação de carência que justifica o seguimento do modelo de trami-

tação urgente neste processo pressupõe, pois, a iminência de celebração do contrato sem que tais princípios e outras normas de matriz nacional ou europeia tenham sido respeitados, sendo que, em todo o caso, a situação de carência pressupõe a necessária correcção atempada (em tempo útil, *id est* antes da celebração efectiva do contrato) de ilegalidades verificadas durante a formação dos contratos em causa. E, não obstante (por imposição comunitária) o processo impugnatório previsto no artigo 100.º do CPTA seguir o modelo de tramitação urgente, sendo que o seu objecto corresponde a dois tipos de *pretensões-impugnatórias-urgentes*, quais sejam a impugnação de actos administrativos praticados durante o procedimento pré-contratual de qualquer um desses contratos, e a impugnação de *documentos normativos* com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras, haverá outras *pretensões-urgentes* a integrar no objecto deste processo, sendo que não se está a falar nem da declaração da invalidade de um destes contratos, se entretanto vier a ser celebrado o contrato, nem da fixação do valor da indemnização a atribuir ao autor do processo, se entretanto se tiver consolidado uma situação de impossibilidade absoluta, que o impeça de obter a restauração *in natura* da sua pretensão jurídica. E não se está a mencionar tal tipo de pretensões porque tais pretensões que resultam da possibilidade de ampliação do objecto do processo em causa, não são *pretensões-de-urgência*. São outras.

O modelo de tramitação urgente estende-se também a um conjunto de dois processos previstos no Título IV do CPTA, que o legislador designa de «intimações», a saber: uma de intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, contemplada nos artigos 104.º e ss. da lei processual, e outra de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, que é contemplada nos artigos 109.º e ss. do CPTA. O primeiro processo urgente de intimação tem por objecto uma pretensão cuja situação de carência tanto se manifesta com carácter de urgência como não, sendo que o legislador optou por a considerar como urgente, dando, assim origem a um tipo de contencioso em que a *situação-de-urgência* é determinada legalmente. Tal pretensão é relativa ao exercício do direito fundamental dos cidadãos à informação administrativa (consagrado na Lei Fundamental no artigo 268.º, n.ºs 1 e 2), nas modalidades de direito à informação procedimental (nos termos dos artigos 61.º a 64.º do CPA) e extra-procedimental ou direito de acesso aos arquivos e registos administrativos é a reutilização de informação (nos termos da LARDA). O segundo é exemplo de um tipo de contencioso urgente por natureza à qual se associa a determinação legal. O processo urgente de intimação para protecção de direitos fundamentais, previsto no artigo 109.º do CPTA, tem, de facto, como objecto pretensões jurídicas relativas à protecção urgente de direitos, liberdades e garantias perante entidades públicas e privadas, sendo que, não obstante a lei processual administrativa o

não especificar, estes direitos não devem resumir-se aos de natureza estritamente pessoal, como decorreria do cumprimento pontual do comando constitucional, previsto no artigo 20.º, n.º 5. Enfim, porque configurado com elementos de natureza excepcional, este processo (que não é de natureza estritamente declarativa) é apto para proporcionar uma antecipação da tutela declaratória e proporcionar uma antecipação de efeitos que normalmente só são configuráveis no próprio momento de execução da sentença. Este é um processo que é disciplinado por regras que a cada momento se revelam como excepções perante a regra, pois, a situação de carência de tutela que através de si se protege é configurada como *situação-de-urgência-excepcional*.

Finalmente, nos termos da lei processual administrativa, as restantes *pretensões-urgentes-atípicas* devem constituir o objecto do processo cautelar e este segue, de igual modo, nos termos do artigo 36.º, n.º 1, alínea e), do CPTA, o modelo de tramitação urgente, previsto, designadamente, no n.º 2 do artigo 36.º do CPTA. Aliás, é neste processo que se confirma que é a urgência, *rectius* o *periculum in mora* ou fundado receio de 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, que pré-determina as diversas dimensões ou as distintas configurações que os processos urgentes podem apresentar na lei processual. É a *situação-de-urgência* em que se encontra a situação carente de tutela judicial que determina a inconstância e a instabilidade estrutural do processo que sobre ela versa. E é a *situação-de-urgência* que impõe a constante adaptação da estrutura e da tramitação do processo, sendo que o andamento mais acelerado ou mais lento decorre da intensidade da urgência invocada e da natureza dos direitos e interesses envolvidos nas situações. Ora, nos termos dos artigos 112.º e ss. da lei processual administrativa, o processo cautelar apresenta-se *pluridimensional*, sendo que uma das variações do processo cautelar prima mesmo pela extrema aceleração, simplicidade e abreviação.

4. Se é verdade que a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe a previsão de processos de tramitação especial também não é menos verdade que a concretização de tais direitos impõe a consagração de processos funcionalmente adequados para proteger as *situações-de-urgência*. Ora, a realização da tutela judicial das *pretensões-de-urgência* acontece vulgarmente através da consagração de processos especiais de tramitação urgente, sendo que tais processos concretizam técnicas processuais. A técnica da *acessoriedade-instrumentalidade* e a técnica da *provisoriedade* são normalmente concretizadas em processos especialmente concebidos para realizarem a protecção das *situações-de-urgência*, donde resultam os processos urgentes cautelares, *id est* os processos que desembocam na adopção de uma

decisão judicial provisória que é adequada para garantir a efectividade da sentença a proferir em outro processo.

Na realidade, os processos urgentes cautelares assumem um papel determinante na realização do direito ao processo efectivo, uma vez que a *acessoriedade-instrumentalidade* desses processos perante os respectivos processos principais (mesmo quando a relação de instrumentalidade é muito ténue) e a provisoriedade da decisão que nele é emitida permitem assegurar a tutela provisória das *pretensões-jurídicas* carentes de tutela judicial, sendo que se pressupõe que sem essa tutela provisória o processo principal corre o risco de perder efectividade. Contudo, a tutela das pretensões jurídicas também pode ser assegurada efectivamente sem que para o efeito se concretize no processo a acessoriedade-instrumentalidade e a provisoriedade.

Com feito, os processos contemplados no Título IV não concretizam tais técnicas. E, não se resumindo a tais processos a dispensa daquelas técnicas, cumpre também notar que, por decisão do *sujeito-legislativo*, os processos consagrados nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA dispensam a técnica da acessoriedade-instrumentalidade e a da provisoriedade. Não se esperando à partida que tais processos dispensassem as mencionadas técnicas, uma vez que se incluem no Título V do CPTA, a verdade é que a acessoriedade e a provisoriedade não são consideradas técnicas adequadas para realizar as específicas *pretensões-de-urgência* que integram o objecto desses processos urgentes autónomos atípicos. Portanto, as técnicas da acessoriedade-instrumentalidade e da provisoriedade são, por regra, concretizadas em processos que servem a urgência e são adequadas para caracterizar a categoria da tutela de urgência. Contudo, também podem ser dispensadas desses processos, uma vez que a categoria da urgência se pode concretizar através de outras técnicas. E, entre nós, tudo isto acontece independentemente de falarmos dos processos previstos do Título IV ou do Título V do CPTA.

Assim, através da consideração da técnica da acessoriedade-instrumentalidade e da provisoriedade, é possível verificar em que termos os processos urgentes autónomos e os processos urgentes cautelares realizam a mesma (e respectiva) função. Aliás, cumpre dizer que não obsta à classificação mencionada o facto de o processo cautelar ser instrumental perante um outro processo principal. E não obsta por duas razões: *primo*, porque o conceito de instrumentalidade precisa de reajustamento e, *secundo*, porque, para caracterizar o processo cautelar, mais importante do que a instrumentalidade funcional é a acessoriedade do processo cautelar. E como vimos, esta pode ser dispensada tanto legalmente, como por actuação do *sujeito-jurisdicional-da-urgência*. É certo que tradicionalmente sempre se afirmou que o processo cautelar é instrumental perante o processo principal, sendo que somente um número muito reduzido de autores foi afirmando que a instrumentalidade não seria a

característica distintiva dos processos cautelares. Enfim, em primeiro lugar, esta afirmação da instrumentalidade do processo cautelar surge no contexto de que todos os processos são instrumentais perante o direito material, sendo o processo cautelar duplamente instrumental. Aliás, remonta sobretudo à escola italiana a afirmação de que o processo urgente cautelar é duplamente instrumental ou padece de instrumentalidade ao quadrado perante o direito material, uma vez que se revela sobretudo instrumental perante outro processo, sendo que este só depois se revela instrumental, já num segundo grau, perante o direito material, uma vez que a sua função é precisamente assegurar a plena utilidade da sentença que vier a ser emitida nesse processo e não realizar imediatamente a tutela judicial do direito material ameaçado. Contudo, se tal conceito parece correcto num contencioso de tipo clássico e se faz sentido hoje para o processo cautelar que desemboca na emissão das providências de natureza conservatória (e de estrutura não antecipatória), já o mesmo não pode dizer-se em relação às providências antecipatórias, porque estas, ao actuarem perante o *periculum in mora* de retardamento da sentença principal, procedem à ampliação do estado de facto e de direito subjacente à causa principal, realizando provisoriamente o direito material e satisfazendo a pretensão jurídica substantiva do requerente. A decisão antecipatória incide sobre a relação material controvertida e a sua finalidade é realizar o direito. É exactamente neste contexto que se afirma a atenuação da instrumentalidade, sem prejuízo de ainda existir a acessoriedade estrutural do processo cautelar.

Cumpra, pois, perceber que uma coisa é a acessoriedade e dependência estrutural do processo cautelar outra é a instrumentalidade-funcional, em termos que a acessoriedade pode ser prevista mesmo que a relação de instrumentalidade seja muito ténue. Na realidade, o processo cautelar que desemboca na emissão de uma providência antecipatória é fundamentalmente instrumental perante o direito material, já que o realiza provisoriamente, e é instrumental perante o direito material como são de resto todas decisões de urgência proferidas nos processos urgentes autónomos. E, independentemente do maior ou menor grau de instrumentalidade do processo cautelar perante outro processo, a técnica da acessoriedade ou dependência estrutural do processo está consagrada na lei processual administrativa, não fazendo diferença o tipo de providência decretada e o tipo de *periculum in mora* invocado. De resto, o legislador pode moldar a acessoriedade-instrumentalidade, dando maior ou menor independência ao processo acessório perante o principal, sendo que isso se reflecte especialmente na determinação da eficácia dos efeitos da decisão proferida no processo acessório, no momento em que se deve constituir o vínculo de acessoriedade entre os processos acessório e principal e na delimitação do *thema decidendum* do processo acessório, sendo que a acessoriedade do processo cautelar condiciona a quantidade de prova que servirá de base

ao julgamento da *quaesti facti*, basta pensar que nem todos os factos serão objecto de prova, e determina a natureza do julgamento da *quaestio iuris*. Daqui resulta que a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade* pode revelar-se como algo não desejado, por condicionar o tipo de tutela que nele se decreta. E é por isso mesmo que um dos fenómenos do contencioso pós-moderno se traduz na anulação do carácter acessório do processo cautelar perante o processo principal, sendo que tal anulação é imediatamente contemplada na lei processual como legítima, sendo noutros casos remetida para o *sujeito-jurisdicional-da-urgência*. Assim acontece entre nós, respectivamente, nos termos dos artigos 109.º e ss., 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA.

A categoria da tutela de urgência tanto concretiza como dispensa a provisoriedade. Assim, a *decisão-de-urgência* que é emitida nos processos urgentes acessórios concretizam necessariamente tal técnica. E, a par do carácter provisório da decisão e do carácter provisório dos efeitos, tal técnica significa fundamentalmente três coisas, a saber: *primo*: que a apreciação da *quaestio iuris* da causa principal pode realizar-se no processo cautelar, sendo que tal apreciação, por referência ao direito material a aplicar na causa principal, deve ser sempre provisória; *secundo*, que o julgamento da questão litigiosa existente entre as partes pode acontecer na condição de o mesmo deixar tal questão aberta, isto é, na condição de tal questão poder vir a ser definitivamente decidida pelo juiz da causa principal; e, *tertio*, que do julgamento antecipado não resulte a emissão de uma *decisão-de-urgência* que crie um estado de direito e de facto impossível de reversão. Assim, a provisoriedade da apreciação e do julgamento da *quaestio iuris* exige sobretudo que o efeito de facto e de direito decorrente da *regulação ou composição provisória* seja passível de reversão pela *regulação ou composição* definitiva que vier a ser realizada pelo juiz da causa principal. A provisoriedade da decisão e a provisoriedade dos efeitos estão previstas em diversos preceitos previstos no Título V do CPTA e a provisoriedade da apreciação está prevista noutros preceitos que também incluem o mesmo título. Contudo, a provisoriedade também é dispensada no processo urgente consagrado fundamentalmente nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA.

5. E a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe a previsão da técnica da antecipação em processos simplificados e estruturalmente adequados para as *situações-de-urgência*. Com efeito, a técnica da antecipação da tutela judicial é normalmente empregue para tutelar a urgência, sendo que ela é concretizada tanto em processos urgentes cautelares como em outros processos urgentes. Na verdade, nos processos urgentes cautelares a técnica da antecipação revela-se sobretudo numa perspectiva funcionalmente condicionada. E nos processos urgentes autónomos a antecipação

manifesta-se funcionalmente independente. De um modo ou de outro, cumpre dizer que tal técnica desempenha um papel determinante na realização do direito ao processo efectivo, uma vez que, mercê dos seus efeitos, a decisão antecipatória assegura, ainda que de diferentes modos, a protecção judicial das *pretensões-de-urgência* antes do tempo.

Assim, se é certo que todas as espécies da categoria da tutela de urgência previstas no Título IV do CPTA permitem obter uma tutela jurisdicional acelerada no tempo, o processo urgente de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias concretiza a técnica da antecipação *tout court*, uma vez que permite obter no processo declaratório pretensões que normalmente só são realizáveis no processo de execução. Já as espécies da categoria da tutela de urgência previstas no Título V concretizam, em princípio, uma modalidade da antecipação que é condicionada pela sua função. Assim, no processo urgente acessório, a antecipação diz-se condicionada porque apenas deve permitir a emissão de uma *decisão-judicial-de-urgência-antecipatória-provisória*. É neste contexto que se percebe que a técnica da antecipação seja condicionada pela técnica da acessoriedade-instrumentalidade do processo, não permitindo alcançar aos *sujeitos-no-processo-acessório* senão uma realização provisória de *pretensões-jurídicas-substantivas* que se fazem valer no processo principal.

Assim se compreende que a técnica da antecipação tenha sido logicamente concretizada nos processos que incluem a categoria de urgência, sendo certo que as decisões que desembocam em medidas estritamente de natureza conservatória não pressupõem a antecipação. E também é certo que, tendo o legislador decidido substituir a técnica da antecipação condicionada pela técnica da antecipação independente, em certas modalidades de processos urgentes cautelares, previstos no Título V, a antecipação cautelar desaparece para dar lugar a outro tipo de antecipação. Ora, também neste aspecto, se percebe que não obsta à classificação da categoria da urgência o facto de o legislador concretizar ou não a antecipação, tanto mais quanto dessa possibilidade resulta a aproximação de figuras. De facto, nas situações previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, o legislador — ao consagrar a figura de *passerelle* — modifica e aproxima estes processos dos processos urgentes autónomos (previstos no Título IV do CPTA).

6. Finalmente, cumpre dizer que a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe que a gestão do modelo dos processos de urgência, isto é dos processos simplificados e abreviados, esteja a cargo de um *sujeito-jurisdicional-especial*. A realização da tutela judicial das *pretensões-de-urgência* é vulgarmente realizada por um juiz detentor de amplos poderes, um *sujeito-jurisdicional-de-urgência* que é um verdadeiro administrador da justiça, quer do ponto de vista da gestão procedimental do processo, quer

do ponto de vista dos poderes de pronúncia. Ora, a disciplina constante dos Títulos IV e V do CPTA consagra a atribuição de amplos e similares poderes ao juiz da urgência, independentemente de tal sujeito actuar no contexto dos processos cautelares ou no seio dos processos urgentes principais.

7. A categoria da tutela de urgência afirma-se definitivamente como autónoma a partir do perfil estrutural e a partir do momento em que se verifica que a técnica da sumariedade é concretizada em todos os processos urgentes autónomos e cautelares, sendo, aliás, absolutamente idêntica a concretização dos mesmos instrumentos da sumariedade procedimental nos dois grupos de processos. Na verdade, previstos como processos sumários, tanto os processos urgentes autónomos como os processos urgentes cautelares têm consagrados os mesmos instrumentos de sumarização procedimental por determinação legal e por conformação jurisprudencial.

Enfim, tendo em conta que até o acto urgente mais banal constitui uma excepção àquilo que é tido como normal e que a urgência provoca sempre um tensão entre duas regras de direito ou dois princípios, em termos que, por causa da urgência, uma nova regra ou uma segunda regra, aparece e derroga as disposições jurídicas mais sólidas e os modelos ditos ordinários ou comuns, cumpre dizer que o legislador veio consagrar na categoria de urgência as modalidades de sumariedade procedimental, tendo concretizado nos processos urgentes autónomos (previstos no Título IV do CPTA) e nos processos urgentes não autónomos (previstos no Título V do CPTA) exactamente as mesmas modalidades e instrumentos que se reconduzem à técnica de sumariedade procedimental.

Com tivemos ocasião de perceber, o processo pode definir-se como sumário quando se desenvolve segundo formas e termos simplificados e abreviados por contraste com os previstos para os processos ordinários ou comuns, quer esta simplificação resulte directa e imediatamente da lei, quer decorra da actuação de determinação estrutural desempenhada pelo *sujeito-jurisdiccional-da-urgência*, de acordo com os parâmetros delineados, *a priori*, de forma mais ou menos precisa, pelo *sujeito-legislativo*. E como tivemos ocasião de apurar também, o processo pode dizer-se *sumário de cognição sumária* quando, para além de possuir especificidades de matriz procedimental, possuir especificidades que modificam o seu procedimento instrutório e designadamente que desembocam na instrução probatória alheada do modelo participativo-igualitário do contraditório.

8. Enfim, a lei processual administrativa consagra um modelo de processos especiais, simplificados e abreviados, que foram especialmente desenhados para realizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo,

sendo que tal modelo tem a sua disciplina prevista tanto no Título IV como no Título V do CPTA. E igualmente, cumpre concluir que em cada um dos títulos mencionados se concretizam exceções e desvios (incluindo sérias atenuações) aos princípios e regras que regem o procedimento de instrução e produção de prova tido como ordinário. Na verdade, tendo partido da análise dos contornos do modelo instrutório ordinário ou modelo ordinário de *plena cognitio* — *scilicet* um modelo cujo procedimento instrutório obedece aos princípios e normas que incluem o direito probatório material comum e o direito probatório formal regra — apurámos que esse *regime-regra* (que disciplina o modelo de *plena cognitio* e que é sobretudo moldado segundo as normas e os princípios de matriz civilista) sofre desvios quando adoptado nos processos de cognição sumária.

E, assim, configurados os *regimes-especiais* para instrução e produção de prova nos processos previstos no Título IV e no Título V do CPTA, apurámos que, em alguns casos, tais regras e princípios tanto sofrem atenuações como em certos casos padecem de verdadeiras derrogações. Na verdade, quando integrado na disciplina que rege especialmente o procedimento de instrução e produção de prova em alguns processos consagrados tanto no Título IV como no Título V do CPTA, o princípio da contraditoriedade sofre excepção. Enfim, em alguns processos a atenuação não é somente de quantidade e não atende apenas à duração do contraditório. E em certo tipo de modalidades de processos, que tanto se inclui no regime constante do Título IV como do Título V, os desvios incidem sobre a qualidade e diminuem verdadeiramente o conteúdo da contraditoriedade.

Enfim, é a lei que prevê princípios e normas especiais quanto à forma procedimental de aquisição do material probatório, sobre o qual deverá formar-se a convicção do juiz, e é a lei que estabelece princípios de julgamento de prova especiais, sendo que, nestes processos tanto está legitimada a não realização do contraditório como está legitimada a desobediência às formalidades essenciais do contraditório. E, de facto, em certos processos sumários, o *sujeito-legislativo* veio concretizar, designadamente, a técnica da inversão do contencioso ou técnica da cognição unilateral e a técnica da *prova-primafacie*, *id est*, género de prova que se opõe à *plena probatio* e só pode ser identificada com o de *prova restrita*, *prova imediatamente disponível* e *prova líquida*, não devendo ser identificada com o conceito de prova menos forte ou prova menos convincente. De resto, tais processos pressupõem uma redução na cognição do *thema decidendum*, sendo que estas diminuições atingem, a montante, a produção de prova.

9. Na verdade, porque em tais processos se pressupõe que há apenas uma redução a montante da cognição do *thema decidendum*, que atinge a pro-

dução de prova, tal não significa que essa redução surja a jusante. E, por isso, a cognição sumária não significa menor intensidade da convicção do juiz, nem significa menor qualidade do *accertamento* final. Em qualquer caso, o julgamento da matéria de facto obedece ao grau de probabilidade e, portanto, quanto ao grau de prova que é considerado suficiente para demonstrar a realidade dos factos, ele é somente aquele que for necessário para as necessidades da vida, sendo que assim o julgamento da *quaestio facti* obedece sempre à mesma lógica, independentemente de o julgamento acontecer no contexto dos processos urgentes autónomos ou no contexto dos processos urgentes cautelares. Coisa bem diferente se passa com o julgamento da questão jurídica nos mesmos processos, já que o exame de conclusão é realizado de diferente modo nos processos cautelares. Na verdade, não se duvida que nos processos cautelares haja a formação de um *juízo-sumário*, sendo que o *juízo-sumário* ou *juízo-provisório* existe porque nos processos cautelares o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* está proibido de realizar um exame de conclusão completo. Deste conceito de *juízo-sumário* ou *juízo-provisório*, já nos falava a doutrina clássica. E aqui só procurámos colocá-lo no sítio certo. Enfim, a presença obrigatória da sumariedade nos processos urgentes autónomos e nos processos urgentes cautelares demonstra que esta é a principal característica estrutural da categoria da tutela de urgência do contencioso administrativo tardo-moderno.

BIBLIOGRAFIA

- AAVV, *La tutela d'urgenza*, Atti del XV convegno nazionale Bari il 4 e 5 Ottobre 1985, Rimini, 1985.
- , *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale, Milano il 12-13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985.
- , *Il giudizio cautelare amministrativo (aspetti e prospettive)*, Atti della giornata di studio tenuta a Brescia il 4 maggio 1985, Roma, 1987.
- , *Appunti sulla giustizia amministrativa*, IV, Bari, 1988.
- , *Processo amministrativo: quadro sistematico e linee di evoluzione. Contributo alle iniziative legislative in corso*, Atti del Convegno di Varenna il 19-21 settembre 1985, Milano, 1988.
- , *La justicia administrativa en el derecho comparado*, coord. J. BARNÉS VÁZQUEZ, Madrid, 1993.
- , *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Atti Convegno Messina, il 15-16 aprile 1988, Milano, 1993.
- , *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe — Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne*, éd. J. SCHWARZE, Baden-Baden, Bruxelles, 1996.
- , «Ordinamenti europei di giustizia amministrativa», in: *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Volume venticinquesimo, Milano, 1996.
- , *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Atti dell'incontro di studio, Roma il 27 maggio 1995, coord. E. FAZZALARI, Milano, 1996.
- , *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque organisé le 5 décembre 1995, sous la direction de J.-M. COULON/M.-A. FRISON-ROCHE, Paris, 1996.
- , *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- , *Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea e prospettive di riforma*, Atti del convegno, Lecce, 21-22 novembre 1997, a cura di E. STICCHI DAMIANI, Milano, 1998.
- , *Reforma do contencioso administrativo — Trabalhos preparatórios: O debate universitário*, Vol. I, Ministério da Justiça, Lisboa, 2000.
- , *La giustizia amministrativa. Commento alla L. 21 luglio 2000, n.º 205*, coordinati da V. ITALIA, Milano, 2000.
- , «Diritto amministrativo speciale. Il processo amministrativo», in: *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Tomo quarto, Milano, 2000.
- , *Estudo de organização e funcionamento dos tribunais administrativos, Reforma do contencioso administrativo, trabalhos preparatórios*, Ministérios da Justiça, Lisboa, 2000.
- , *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n.º 205/2000*, a cura di B. SASSANI/R. VILLATA, Torino, 2001.
- , *O debate da justiça. Estudos sobre a crise da justiça em Portugal*, coord. A. P. BARBAS HOMEM/J. BACELAR GOUVEIA, 2001.
- , *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, a cura di L. LANFRANCHI, Torino, 2001.

- AAVV, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. CARINGELLA/M. PROTTO, Milano, 2002.
- , *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, sous la direction de P. WACHSMANN, n.º 5, 2002.
- , *What's new in european administrative law?*, Sous la direction de J. ZILLER, EUI Working Paper LAW n.º 2005/10, Transcription of the statements and discussions of the round table held at the EUI on 10 December 2004, European University Institute, Florence, Department of Law.
- , *A reforma da justiça administrativa*, BFD, *Stvdia ivridica*, 86, *colloquia* 15, Coimbra, 2005.
- , *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*, Actas das 1.^{as} Jornadas Jurídicas Luso-Espanholas, *Stvdia ivridica*, *colloquia* 13, Coimbra, 2005.
- , *O acto no contencioso administrativo. Tradição e reforma. Colóquio Luso-Espanhol*, Coordenadores COLAÇO ANTUNES/SÁINZ MORENO, Coimbra, 2005.
- , *Nova e velhas andanças do contencioso administrativo. Estudos sobre a reforma do processo administrativo*, coordenação VASCO PEREIRA DA SILVA, AAFDL, Lisboa, 2005.
- , *A nova justiça administrativa*, Trabalhos e conclusões do seminário comemorativo do 1.º ano de vigência da reforma do contencioso administrativo, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 2006.
- , Study n.º 316/2004, adopted by the European Commission for democracy through law (Venice Commission), Venice, 15-16 December 2006: *Study on the effectiveness of national remedies in respect of excessive length of proceedings* — Strasbourg, 22 December 2006.
- , *50 anos do Tratado de Roma*, coordenação ALESSANDRA SILVEIRA, Lisboa, 2007.
- ABREU, Eridano de, «Das providências cautelares não especificadas», *O Direito*, 94, 1962.
- ADOLF, H.-P., «Verwaltungsprozeßrecht: effektiver Rechtsschutz bei einstweiligen Anordnungen nach § 123 VwGO», *JA* (1), 1990.
- AGUADO I CUDOLÀ, V., «La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», in: *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. *Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, vol. II, Madrid, 1993.
- ALLORIO, E., «Per una nozione del processo cautelare», *revista di diritto processuale civile* (Parte I) 1936.
- ALMEIDA, António Duarte de/MONTEIRO, Cláudio/SILVA, José Luís Moreira da, «A caminho da plenitude da justiça administrativa», *CJA*, 7, 1998.
- ALMEIDA, L. P. Moitinho de, «Os processos cautelares em geral», *JF*, 1964.
- , «O processo cautelar de apreensão de veículos automóveis», *JF*, 1967.
- , «Produção antecipada de prova», *SI*, tomo XVII, n.º 90, 1968.
- , *Providências cautelares não especificadas*, Reimp., Coimbra, 1981.
- ALMEIDA, M. Aroso de, «Os direitos fundamentais dos administrados após a revisão constitucional de 1989», *DJ*, Vol. VI, 1992.
- , *Sobre a autoridade do caso julgado das sentenças de anulação de actos administrativos*, Coimbra, 1994.
- , «Contributo para a reforma do sistema do contencioso administrativo», *DJ*, Vol. IX, tomo n.º 1, 1995.
- , «Medidas cautelares no ordenamento contencioso. Breves notas», *DJ*, Vol. XI, tomo n.º 2, 1997.
- , «Nulidade dos actos desconformes com a sentença», *CJA*, 2, 1997.
- , «Reinstrução do procedimento e plenitude do processo de execução das sentenças», *CJA*, 3, 1997.
- , «Novas perspectivas para o contencioso administrativo», in: *Juris et de Jure. Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP — Porto*, Porto, 1998.

- ALMEIDA, M. Aroso de, «Suspensão de eficácia de actos administrativos de execução de sentença», CJA, 11, 1998.
- , «Tutela declarativa e executiva no contencioso administrativo português», CJA, 16, 1999.
- , «Breve introdução à reforma do contencioso administrativo», CJA, 32, 2002.
- , «Implicações de direito substantivo da reforma do contencioso administrativo», CJA, 34, 2002.
- , «O objecto do processo no novo contencioso administrativo», CJA, 36, 2002.
- , *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Coimbra, 2002.
- , «Tutela jurisdicional em matéria ambiental», *Estudos de Direito do Ambiente*, Porto, 2003.
- , *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2005.
- ALMEIDA, M. Aroso de/AMARAL, D. Freitas do, *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*, Coimbra, 2002.
- ALMEIDA, M. Aroso de/CADILHA, Carlos, *Comentário ao código de processo nos tribunais administrativos*, Coimbra, 2005.
- ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario (Sistema constitucional y administrativo de la comunidad europea)*, Madrid, 1994
- , «La facultad del juez ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al Derecho comunitario», RAP, 138, 1995.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUARÉZ, J. M., «Las medidas cautelares en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998», AJA, 370, de 17 de diciembre de 1998.
- AMARAL, D. Freitas do, «Direitos fundamentais dos administrados», *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986.
- , «Projecto de código do contencioso administrativo», SI, tomo XLI, 235/237, 1992.
- , «Lei de bases do ambiente e lei das associações de defesa do ambiente», *Direito do Ambiente*, INA, 1994.
- , *A execução das sentenças dos tribunais administrativos*, 2.^a ed., Coimbra, 1997.
- , *Direito administrativo*, Lisboa, Vol. I (3.^a ed.), 2006, Vol. II, 2001, Vol. III, 1989, Vol. IV, Lisboa, 1988.
- , «Intervenção», in: *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado*, Trabalhos preparatórios da reforma, Ministério da Justiça, 2002.
- , «As providências cautelares no novo contencioso administrativo», CJA, 43, 2004.
- AMARAL, D. Freitas do/GARCIA, Maria da Glória, «O estado de necessidade e a urgência em direito administrativo», ROA, 1999.
- AMARAL, D. Freitas do/ALMEIDA, M. Aroso de, *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*, Coimbra, 2002.
- , «O novo contencioso administrativo», *Expresso*, 3 de Janeiro de 2004.
- AMARAL, Maria Lúcia, «Responsabilidade civil extracontratual do Estado: a propósito do prazo de prescrição do direito à indemnização», CJA, 12, 1998.
- AMELYNCK, Ch./LAGASSE, J.-P./VAN DE GEJUCHTE F., *Le référé administratif*, Bruxelles, 1992.
- AMORIM, Tiago, «Apontamentos sobre as condições de procedência das providências cautelares no novo processo administrativo», ROA, ano 63, 2003.
- , «As providências cautelares no CPTA: um primeiro balanço», CJA, 47, 2004.
- ANDRADE, J. C. Vieira de, «O ordenamento jurídico administrativo português», *Contencioso administrativo*, Braga, 1986.
- , *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra, 1992.
- , «Em defesa do recurso hierárquico», CJA, 0, 1996.
- , «As transformações do contencioso administrativo na Terceira República Portuguesa», Leg-CCL (18, Janeiro/Março), 1997.
- , «O controle jurisdicional do dever de reapreciação de actos administrativos negativos», CJA, 1, 1997.

- ANDRADE, J. C. Vieira de, «Actos consequentes e execução de sentença anulatória (um caso exemplar em matéria de funcionalismo público)», RJUModerna, n.º 1, 1998.
- , «Relatórios de síntese», CJA, 16, 1999.
- , *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001.
- , «Tutela cautelar», CJA, 34, 2002.
- , «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», RLJ, ano 134.º, 2001, n.º 3929.
- , «A acção de condenação à prática de acto devido», *A reforma da justiça administrativa*, BFD, *Stydia ivridica*, 86, *colloquia* 15, Coimbra, 2005.
- , *A justiça administrativa (lições)*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- ANDRADE, Manuel Domingues de, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra (1956), 2.ª ed., revista e actualizada, 1979.
- ANDREIS, M., *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996.
- ANDRIOLI, V., «Provvedimenti d'urgenza in incertam personam», FI (Parte I), 1951.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J./L. SERMET, «Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme», rfd, novembre-décembre, 2002.
- ANGEL FERNÁNDEZ, M., «La ejecución forzosa. Las medidas cautelares», in: *Derecho Procesal Civil*, III, 2.ª reimp., Madrid, 1997.
- ÁNGELES JOVÉ, M., *Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil*, Barcelona, 1995.
- ANGIOLINI, V., «Il potere di sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato: recenti tendenze del processo cautelare amministrativo», *JUS* (1-2) 1982.
- ANTUNES, L. F. Colaço, «À margem de uma recente orientação do Supremo Tribunal Administrativo: um olhar ecológico sobre o artigo 268.º/4 da Constituição», Separata da RMP (63) Lisboa, 1995.
- , *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*, Coimbra, 1998.
- , «O princípio da precaução: um novo critério jurisprudencial do juiz administrativo», in: *Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da Administração. Tradição e reforma*, Coimbra, 2000.
- , «A reforma do contencioso administrativo. O último ano em Marienbad», in: *O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI. Algumas questões*, Coimbra, 2001.
- , «Interesse público, proporcionalidade e mérito: relevância e autonomia processual do princípio da proporcionalidade», in: *Estudos em homenagem à Professora Isabel de Magalhães Colaço*, Vol. II, [Separata], Coimbra, 2002.
- , «O artigo 161.º do código do processo nos tribunais administrativos: uma complexa simplificação», CJA, 43, 2004.
- ANTUNES, L. M. Pais, «A vertente judiciária da integração europeia — Portugal perante os Tribunais comunitários», *Leg-CCL*, 4/5, 1992.
- ANTUNES, S. M. Nuno, *O direito de acção popular no contencioso administrativo português*, Lisboa, 1997.
- APICELLA, E. A., «I provvedimenti ingiuntivi», in: *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n.º 205/2000*, a cura di B. SASSANI/R. VILLATA, Torino, 2001.
- ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, 14.ª reimp., Napoli, 1994.
- ARANTES, Tito, «Emprego abusivo de providências cautelares», *RT*, ano 66, n.º 1561 a 1584 (pp. 114 a 116) e n.º 1569 (pp. 130 a 132), 1948.
- ARIETA, G./SANTIS, F. DE/MONTESANO, L., *Corso base di diritto processuale civile*, 2.ª ed., Padova, 2005.
- ARIETA, G., «Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex articolo 700 c.p.c.», *RDPProc.*, 1984.
- , *I provvedimenti d'urgenza ex. articolo 700 c.p.c.*, 2.ª ed., Padova 1985.
- , «Intervento», *Les mesures provisoires en procédure civile*. Atti del colloquio internazionale, Milano il 12-13 ottobre 1984, coord. G. TARZIA, Milano 1985.

- ARNOLD, R., «Le contrôle juridictionnel des décisions administratives en Allemagne», AJDA, 9, 1999.
- ASTONE, F., *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999.
- AUBY, B. J., «Physionomie du contentieux administratif européen», in: *What's New in European Administrative Law?*, Sous la direction de J. ZILLER, EUI Working Paper LAW n.º 2005/10, Transcription of the statements and discussions of the round table held at the EUI on 10 December 2004, European University Institute, Florence, Department of Law.
- AUBY, J.-M./Drago, R., *Traité de recours en matière administrative*, Paris, 1992.
- AUFFRAY, J.-P., *O espaço-tempo*, Lisboa, 1998.
- AYALA, B. Diniz de, «A tutela contenciosa dos particulares no procedimento de formação de contratos da Administração Pública: Reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio», CJA, 14, 1999.
- BACHELIER, G., «Le référé-liberté», rfd (mars-avril), 2002.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., «El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991», RAP, 128, 1992.
- , «La constitucionalidad del tratado de la Unión Europea en Alemania (la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993)», Gaceta (serie D, n.º GJ 134/D-21, abril), 1994.
- , «Es posible ejercitar pretensiones de condena en los recursos contencioso-administrativos contra actos negativos expresos?», *La Ley*, de 5 de diciembre de 1995.
- , *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo*, Madrid, Barcelona, 1999.
- BACIGALUPO SAGGESE, M./FUENTETAJA PASTOR, J. A., «*Fumus boni iuris, periculum in mora* y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria (A propósito del Auto del TJCE de 12 de julio de 1996 y del Auto del Presidente del TPI de 13 de julio de 1996 recaídos en sede cautelar en el asunto de ‘la enfermedad de las vacas locas’)», REDA, 94, 1997.
- BADURA, P., «Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative», RtDP, ano XXXIV, 1984.
- BAGOLINI, L., *Poesia e giustizia — Diritto e tempo*, Milano, 1998.
- BALENA, G., «Il procedimento di istruzione preventiva», in: *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVIII, Roma, 1990.
- BAMBERGER, C., «Die verwaltungsgerichtliche vorläufige Einstellung genehmigungsfreier Bauvorhaben», NVwZ (9), 2002.
- BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, J. M., *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1996.
- BARANGER, D., «Temps et constitution», Droits, 30, 2000.
- BARAV, A. «Enforcement of community rights in the national courts: the case for jurisdiction to grant interim relief», CMLR, 1989.
- , «La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire», *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulois*, Paris, 1991.
- , «The effectiveness of judicial protection and the role of the national courts», in: *Judicial protection of rights in the community legal order*, Bruxelles, 1997.
- BARAV, A./SIMON, D., «Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame», rMC, 340, 1990.
- BARBIERI, E. M., «Sul giudizio cautelare nel processo amministrativo», RDProc., 1983.
- , «La suspensiva del provvedimento amministrativo nel giudizio di primo grado», in: *Il giudizio cautelare amministrativo (aspetti e prospettive)*, Atti della giornata di studio tenuta a Brescia il 4 Maggio 1985, Roma, 1987.
- , «Sulla strumentalità del processo cautelare amministrativo», FA, 1987.
- BARNARD, A./CREAVES, R., «The application of Community law in the United Kingdom», CMLR, 31, 1994.

- BARNÉS VÁSQUEZ, J., «La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz», in: *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Coord. J. BARNÉS VÁSQUEZ, Madrid, 1993.
- BARONA VILAR, S., «Proceso Cautelar», in: *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, J. MONTERO AROCA/J. L. GÓMEZ COLOMER/A. MONTÓN REDONDO, Valencia, 2000.
- BARONE, A., «Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale», FI, 1992.
- BARONE, G., «Autotutela amministrativa e decorso del tempo», DPA, 2002.
- BARRETO, I. Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, 2.^a ed., Coimbra, 1999.
- BARROS, Manuel Freire, *Conceito e natureza jurídica do recurso contencioso eleitoral*, Coimbra, 1998.
- , «Um problema de legitimidade activa no contencioso eleitoral administrativo», CJA, 18, 1999.
- BARTHÉLEMY, J., «Les référés non subordonnés à la condition d'urgence», rfd (mars-avril), 2002.
- BARTOLINI, A., «Il rito specilae per i "settori sensibili», in: *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n.º 205/2000*, a cura di B. SASSANI/VIL-LATA, R., Torino, 2001.
- BARTOLOMEI, F., «Sulla domanda di sospensione del provvedimento amministrativo davanti al Consiglio di Stato», RtdP, 1968.
- , «Sull'efficacia e rilevanza giuridica dell'ordinanza giurisdizionale (positiva) no processo cautelare amministrativo», DPA, 1989.
- BASTOS, J. F. Rodrigues, *Notas ao código de processo civil*, Vol. II, 3.^a ed., Lisboa, 2000.
- BAUMGÄRTEL, G., «Besprechung von Baur, Fritz, studien zum einstweilige Rechtsschutz», 1967, AcP, 168, 1968.
- , «Eine Rechtstatsachenuntersuchung über die Ursachen der zu langen Prozeßdauer», JZ (16. Juli), 1971.
- BAUMGÄRTEL, G./PRÜTTING, H., *Einführung in das Zivilprozeßrecht*, 8. Auflage, Berlin, 1994.
- BAUR, F./GRUNSKY, W., *Zivilprozeßrecht*, 10. überarbeitete Auflage, 2000.
- BAUR, F., «Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich», BB, 1964.
- , *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen, 1967.
- BAYER, H., *Theorie der summarischen Prozesse: nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechts*, München (1830), 1846.
- BÉAL, A./CASSIA, P., «Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés», JCP, 20, 2001.
- BECK, U., *Risk society. Towards a new modernity*, London, 1992.
- BEHRENS, P., «Der Faktor Zeit im Prozeß der Rechtsfindung», NWVBl, 1996.
- BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro, «Impossibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir nos procedimentos cautelares», DJ, Vol. XI, tomo 1, 1997.
- BELL, J., «Interim relief in French administrative court procedure», EPL, 2001.
- BELOFF, M. J., «Judicial review: 2001: A prophetic odyssey», MLR, 58 (2), 1995.
- BELORGEY, J.-M., «La situation générale du temps des procédures devant les juridictions», in: *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque organisé le 5 décembre 1995, sous la direction de J.-M. COULON/M.-A. FRISON ROCHE, Paris, 1996.
- BENDER, «Die einstweilige Anordnung (§ 123 VwGO)», VBIBW (9), 1986.
- BENDER, R., «Das Beweismaß», in: *Festschrift für F. Baur*, Tübingen, 1981.
- BERGER, C., «Zur Statthaftigkeit der auf Feststellung gerichteten einstweiligen Verfügungen», ZZP (110) 1997.
- BERGERES, M. C., «Les mesures provisoires devant la Cour de Justice», Sebb information, n.º 9, 1983.
- BERGSON, H., *Durée et simultanéité*, Quadrige, PUF, Paris, 1992,
- , *L'évolution créatrice*, Quadrige, PUF, Paris, 1996.
- , *Matière et mémoire*, Quadrige, PUF, Paris, 1997.
- BERKEMANN, J., «Das "verdeckte" summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts», JZ (4), 1993.

- BERTIN, P., «Quand le juge des référés confond vitesse et précipitation», *Gaz. du Pal., Doctrine*, 1992.
- BERTOLDINI, A., «I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n.º 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela», *DPA* (4), 2003.
- BERTONAZZI, L., «Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione», *DPA* (4), 1999.
- BIONDI, B., «Summatim cognoscere», *BIDR* (30), 1921 (tb. Pub. in: *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965).
- BLAISSE, A., «Quo vadis référé?», *JCP, I-Doctrine*, 1982.
- BLANQUER, D., *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valencia, 2006.
- BLOMEYER, J., «Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung», *ZZP* (81), 1968.
- BLOMEYER, K., «Arrest und einstweilige Verfügung», *ZZP* (65), 1952.
- BOLAND, G., «La notion d'urgence dans la jurisprudence du Conseil d'État de Belgique», in: *Le fait et le droit, Études de logique juridique*, Bruylant, Bruxelles.
- BONNARD, H./DUBOIS, J. P., *Droit du Contentieux*, Paris, 1987.
- BORCHARDT, G., «The award of interim measures by the European court of law», *CMLR* (22), 1985.
- BORCK, H.-G., «Das rechtliche Gehör im Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung», *MDR* (11), 1988.
- BORDALO, A., Madeira/PARDAL, F. Rodrigues, *Antologia de Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo e Tribunal Central Administrativo*, Ano II, n.º 2, 1999.
- BORÉ, L., «Le délai raisonnable et l'épuisement des voies de recours internes», *JCP*, II-10491, n.º 11, 2001.
- BORGES, G., «Der Nachbarrechtsschutz im Freistellungsverfahren», *DÖV* (21), 1997.
- BORGES, J. L., «Une nouvelle réfutation du temps», *Labyrinthes*, Paris, Gallimard, 1953.
- BOVE, M., «Artigo 111 Cost. e 'giusto processo civile'», *RDProc.*, 2002.
- BOYRON, S./NEVILLE-BROWN, L., «L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais», *rfa*, 1994.
- BOYWIDT, H., *Zwangsverwaltung oder Sequestration*, Berlin, 1912.
- BRANCA, G., *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937.
- BRAUER, W., «Entwicklung der Lehre von Bescheinigung im Civilprozesse», *AcP*, 25.
- BREHM, R., «Vorläufiger Rectsschutz im Prüfungsrecht», *DVBf* (1. Januar), 2001.
- BRIEGLEB, H. K., *Einleitung in die Theorie der summarischen Processe*, Leipzig, 1859.
- BRIGUGLIO, A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996.
- BRITO, Wladimir, «Tempo e direito. A propósito de uma revisão constitucional», Separata da *Themis*, ano V, n.º 6, 2004.
- , *Lições de direito processual administrativo*, Coimbra, 2005.
- , «Caso Women on Waves e o seu navio Borndiep — Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias», *RMP*, n.º 104, 2005.
- BÜCHNER, H./ K. SCHLOTTERBECK, *Verwaltungsprozessrecht*, 6.ª ed., Stuttgart, 2001.
- BUCK, W., *Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes*, Baden-Baden, 2000.
- BÜLOW, P., «Zur prozeßrechtlichen Stellung des Antragsgegners im Beschlußverfahren von Arrest und Einstweiliger Verfügung», *ZZP*, 1985.
- BUNAL, C., *La tutela jurisdiccional efectiva*, Barcelona, 1994.
- BURDEAU, F., *Histoire du droit administratif*, Paris, 1995.
- BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, 4.ª ed., Torino, 1993.

- BURMEISTER, G. C., «Der einstweilige Rechtsschutz des Nachbarn gegen Baugenehmigungen im Lichte verwaltungsprozeß- und baurechtlicher Novellierungen», *NordÖR* (9), 1999.
- BURKHOLZ, B., *Der Untersuchungsgrundsatz im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren. Eine Untersuchung über die Bedeutung des § 920 ZPO im Verwaltungsprozeß*, Berlin, 1988.
- CACCIAVILLANI, C., *Giudizio amministrativo di legittimità e tutela cautelari*, Padova, 2002.
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, «Ainda a Reforma do Contencioso Administrativo», *CJA*, 2, 1997.
- , «Intimações», *CJA*, 16, 1999.
- , «Contratos públicos: do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, à reforma do contencioso administrativo. Uma análise da jurisprudência», *SI*, n.º 292, 2002.
- CADILHA, Carlos/ALMEIDA, Mário Aroso de, *Comentário ao código de processo nos tribunais administrativos*, Coimbra, 2005.
- CAETANO, Marcelo, *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1973.
- CAIANIELLO, V., *Manuale diritto processuale amministrativo*, 2.ª ed., Torino, 1994.
- CALAMANDREI, P., «Condizioni di ammissibilità (pressupposti processuali) per ingiunzione», *RDCom* (I), 1924.
- , *Studi sul processo civile* (Vols. I-VI), Padova, 1930.
- , «La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare (a proposito di una recente pubblicazione)», *rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1936.
- , «Efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento in pendenza di prove sull'opposizione», *Giurispr. Ital.* (parte I), 1937.
- , *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.
- , *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2.ª ed., Padova, 1943-XXI.
- , *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentis Meleno, Buenos Aires, Argentina, 1945.
- , «Il processo como giuoco», *RDPProc.*, 1950.
- , «Verità e verosimiglianza nel processo civile», *RDPProc.*, 1955.
- CALDERON CUADRADO, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992.
- CALDERONI, G., «Rito speciale per le opere pubbliche e “giusto processo” amministrativo», *Riv. trim. app.*, 1999.
- CALLEWAERT, J., «La Cour Européenne des droits de l'homme et l'urgence», *RTDH*, 1994.
- CALVO ROJAS, E., «Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionales y medidas cautelares positivas. Últimos avances en la materia y algún exceso», *REDA*, 83, 1994.
- CALVOSA, C., «In tema di provvedimenti cautelari innominati», *RDPProc.*, 1949.
- , *La tutela cautelare (Profilo sistematico)*, Torino, 1963.
- CAMPESE, G., «L'ordinanza provvisoria di cui all'articolo 423, 2.ª comma c.p.c.», *RDPProc.*, 1988.
- CAMPO CABAL, J. M., *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, Bogotá, 1989.
- , *Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*, Bogotá, 1997.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999.
- CAMPOS, J. Mota de, «O ordenamento jurídico comunitário», in: *Direito Comunitário*, Vol. II, 3.ª ed., Lisboa, 1990.
- CANIVET, G., «Économie de la justice et procès équitable», *JCP*, I-361, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, «Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização», *BFD*, Vol. LXVI, 1990.
- , Anotação ao Acórdão de 7 de Março de 1989, *RLJ*, ano 123.º, n.º 3799, 1990-1991.
- , «Relações jurídicas poligonais. Ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo», *RJUA*, n.º 1, Junho 1994.

- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Introdução ao direito do ambiente*, Lisboa, 1998.
- , «Constituição e “tempo ambiental”», CEDOUA, ano II, 2/2, 1999.
- , *Direito constitucional e teoria da constituição*, 6.^a ed., Coimbra, 2002.
- , «Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente (As incertezas do controlo ambiental)», RLJ, n.ºs 3858 e 3859, pp. 265 ss.; n.º 3860, pp. 322 ss.; e n.º 3861, pp. 354 ss.
- , «Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias», BFD, Volume Comemorativo do 75.º tomo do Boletim da Faculdade de Direito, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.^a ed. (1993), 4.^a ed., revista, Vol. I, artigos 1.º a 107.º (2007).
- CAPITÃO, Gonçalo/MACHADO, Pedro, «Direito à tutela jurisdicional efectiva — Implicações na suspensão jurisdicional da eficácia de actos administrativos», Polis, ano I, n.º 3, 1995.
- CAPONI, R., «La tutela cautelare nel processo civile tedesco», FI (Parte V), 1998.
- , «La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea», RTDPC (4), 2004.
- CAPPELLETTI, M., «Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano», RDProc., 1972.
- CAPPONI, B., «Le “informazioni” del giudice civile (appunti per una ricerca)», RTDPC (3), 1990.
- CARAMELO, Sampaio, «Da suspensão da executóriedade dos actos administrativos por decisão dos tribunais administrativos», in: *O Direito* (1 e 2) 1969.
- CARANTA, R., «Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare», FA, 1991.
- , «Diritto comunitario e tutela cautelare: dall’effectività allo jus commune», Giurispr. Ital., 1994.
- , «Judicial protection against member states: A new jus commune takes shape», CMLR, 1995.
- , «L’ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressive “comunitarizzazione” delle regole processuali nazionali», FA, 1996.
- , «La giustizia amministrativa comunitaria», in: *Diritto amministrativo speciale. Il processo amministrativo — Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Tomo quarto, Milano, 2000.
- CARBONELL, A. Barrera, «Hacia una nueva concepción de la suspensión provisional del acto administrativo en Colombia», BMDC, 90, 1997.
- CARLOS, Adelino da Palma, «Procedimentos cautelares antecipadores», in: *O Direito*, ano 105, Jan./Mar. 1973.
- CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1931.
- , *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936.
- , *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.
- , «Diritto e processo», *Trattato del processo civile*, Napoli, 1958.
- , *La prova civile, parte generale*, Milano, 1992.
- CARPI, F., «Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti», RTDPC, 1977.
- , «La tutela d’urgenza fra cautela, ‘sentenza anticipata’ e giudizio di merito», RDProc., 1985.
- CARRATA, A., *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997.
- CARUSO, G., «La giustizia cautelare: i provvedimenti negativi e le ordinanze “propulsive” dei TAR», FA, 1994.
- CARVALHO, Raquel, *O direito à informação administrativa procedimental*, Porto, 1999.
- , *Lei de acesso aos documentos da Administração*, Porto, 2000.
- CASADEI-JUNG, M.-F., «Etude critique et comparative du référé administratif», Gaz. du Pal., 1985.
- CASARI, V. Gasparini, *Introduzione allo studio sistematico della tutela cautelare nei confronti della P. A.*, Modena, 1982.

- CASELLA, M., «Il nuovo processo cautelare ed i profili pratici», in: *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Atti dell'incontro di studio Roma, 27 Maggio 1995, Milano, 1996.
- CASES PALLARÉS, L.L., «La adopción de las medidas cautelares motivada en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo», REDA, 76, 1992.
- CASSARINO, S., *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza: esposizione sistematica delle norme sul processo amministrativo e di trita la giurisprudenza dal secondo dopo guerra ad oggi*, Milano, 1984.
- , *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990.
- CASSESE, S., «Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?», in: RtDP, 2003.
- CASSIA, P./BÉAL, A., «La nouvelle procédure applicable devant le juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier-28 février 2001)», JCP, I-317 (n.º 19, 9 mai), 2001.
- , «Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés (Bilan de jurisprudence 1^{er} janvier-28 février 2001)», JCP, I-319 (n.º 20, 16 mai), 2001.
- , «Les nouveaux référés administratif. Bilan de jurisprudence (1^{er} mars-31 août 2001)», JCP, I-365 (n.º 48, 29 novembre), 2001.
- CASTRO, Anselmo de, *Direito processual civil declaratório*, Vol. III, Coimbra, 1981/1982.
- CASTRO, Catarina Sarmento e, «Direito à informação procedimental: os interesses e os interessados. Todos diferentes, todos iguais?», CJA, 31, 2002.
- , «organização e competência dos tribunais administrativos», in: *Reforma da justiça administrativa*, *Stvdia Iuridica* 86, Coimbra, 2005.
- CASTRO, Catarina Sarmento e/MOREIRA, Vital, «A justiça administrativa em Portugal (1974-1999), Relatório de um projecto de investigação», in: *Reforma do contencioso administrativo*, Vol. II, Coimbra, 2003.
- CASTRO, F. A. das Neves e, *Theoria das provas e a sua aplicação aos actos civis*, Porto e Braga, 1880.
- CATARINO, Luís G., «A responsabilidade do Estado-Juiz (alguns aspectos a propósito dos 'casos' Lowry e Assento n.º 1/99)», RMP, 1999.
- , *A responsabilidade do Estado pela administração da justiça*, Coimbra, 1999.
- , «Responsabilidade por facto jurisdicional — contributo para a reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado», in: *Responsabilidade Civil Extra-contratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, Ministério da Justiça, 2002.
- CAUPERS, João, «O controle jurisdicional da administração Pública nos Estados Lusófonos», CJA, 3, 1997.
- , «Imposições à Administração Pública», CJA, 16, 1999.
- , «A pretexto do Acórdão do STA de 15 de Outubro de 1998», CJA, 17, 1999.
- , «Responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional», CJA, 40, 2003.
- , *Introdução ao direito administrativo*, 8.^a ed., Lisboa, 2005.
- CAVALLINI, J., *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux Français et Anglais*, Bruxelles, 1995.
- CAVALLONE, B., «Les mesures provisoires et les règles de preuve», *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparée*, coord. de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- CENTOFANTI, N., *Il silenzio della Pubblica Amministrazione e i procedimenti sostitutivi*, 1999.
- CÉRÉ J.-P., «L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison», JCP, I-316, n.º 18, 2001.
- CEZAR-BRU, Ch./HEBRAUD, P./SEIGNOLLE, J., *La juridiction du président du tribunal. Des Référé*, Tome I, Paris, 1957.
- CHABANOL, D., *Le juge administratif*, Paris, 1993.
- , *Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel annoté et commenté*, 4.^a ed., Paris, 1995.
- , *Code de justice administrative*, Paris, 2001.

- CHACON FUERTES, P., *Bergson o el tiempo del espíritu*, Madrid, 1988.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M./ZAPATA HÍJAR, J. C., *El procedimiento abreviado en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Navarra, 1999.
- CHANTEPY, C., «L'encadrement du référé précontractuel», rfd, 11 (6), 1995.
- CHAPUS, R., «Les aspects procédurales de la réforme du contentieux administratif (loi du 31 de décembre 1987)», AJDA, 1989.
- , «Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique», rfd, 1990.
- , «Le juge Administratif face à l'urgence» (Rapport de synthèse, Colloque Astarfi), Gaz. du Pal., Doctrine, 1995.
- , *Droit du contentieux administratif*, Paris (8.^a ed., 1999), 10.^a ed., 2002.
- CHARBIT, N., «L'esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. A propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats», JCP, I-100 (n.º 1, 2 janvier), 2002.
- CHAUVAUX, D., «Réforme du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel», AJDA, 1997.
- , «Les nouveaux référé administratifs», rfd, 17 (4), 2001.
- CHAUVAUX, D./STAHL, J.-H., «chron. Jurispr.», AJDA, 1995.
- CHESNEAUX, J., *Habiter le temps*, Bayard, Paris, 1996.
- CHEVALLIER, J., *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970.
- , «L'interdiction par le juge administratif de faire acte d'administrateur», AJDA, 1972.
- , «L'évolution du droit administratif», RDP, n.º 5/6, 1998.
- CHIARLONI, S., «Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex articolo 186-quarter c.p.c.», RTDPC (2), 1996.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991.
- , «El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales», RAP, 131, 1993.
- , «De nuevo sobre la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», in: *La justicia administrativa el el derecho comparado...*, cit.
- , «Medidas Cautelares», *Comentario a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, REDA, 100, 1999.
- , «Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo en derecho español», in: *Reforma do contencioso administrativo. Trabalhos preparatórios, O debate universitário*, Lisboa, 2000.
- , «La tutela cautelar», in: *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, eds. LEGUINA VILLA, J./M. SÁNCHEZ MORÓN, 2.^a ed., Valladolid, 2001.
- CHIOVENDA, G., *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903.
- , *Principi di diritto processuale civile dal corso di lezioni, 1905-1906*, Napoli, 1906.
- , *Studi di diritto processuale*, Padova, 1927.
- , «Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva (1915)», in: *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930.
- , *Istituzioni di diritto processuale Civile*, Vol. I, 1.^a ed., Napoli, 1933-XI.
- , *Principii di diritto processuale civile*, 1923, 3.^a, Napoli (reimp.), 1980.
- , *Principios de derecho procesal civil*, trad. de Jose Casais y Santaló, Tomo I, 3.^a ed., Instituto Editorial Reus, Madrid.
- CHITI, E., «The relationships between national administrative law and European administrative law in administrative procedures», in: *What's New in European Administrative Law...*, cit.
- CHITI, Mario P., «I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo», RtDP, 1991.

- CHITI, Mario P., «L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario», DPA, 1998.
- , «L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario», in: *Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea e prospettive di riforma*, Atti del convegno, Lecce, 21-22 novembre 1997, a cura di E. STICCHI DAMIANI, Milano, 1998.
- CLIQUENNOIS, M., *La convention européenne des droits de l'homme et le juge français*. Vademecum de pratique professionnelle, L'Harmattan, 1997.
- CLOSSET-MARCHAL G., «L'urgence», *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- , «La caducité et la rétractation de la décision ordonnant les mesures provisoires», *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- , «Le juge du provisoire et les règles de preuve», *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- COCA VITA, E., «A vueltas con la suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos. Últimas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales», RAP, 127, 1992.
- COHEN-JONATHAN, G., *La convention européenne des droits de l'homme*, Economica-PUAM, 1989.
- , «De l'effet juridique de "mesures provisoires" dans certaines circonstances et de l'efficacité du droit de recours individuel: à propos de l'arrêt de la Cour de Strasbourg Cruz varas du 20 mars 1991», RUDH, 1991.
- , «Justice constitutionnelle et Convention européenne des droits de l'homme», rfdc, 1994.
- COHEN, L. J., *The probable and the provable*, Oxford, 1978.
- COIMBRA, L., *A filosofia de Henri Bergson*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa.
- COLESANTI, V., «Principio del contraddittorio e procedimenti speciali», RDProc., 1975.
- COLLADO GARCÍA-LAJARA, E., «Las medidas cautelares en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», *La Ley*, 1998.
- COLLIN, P./GUYOMAR, M., «Chronique générale de jurisprudence administrative française», AJDA, 2001.
- COLONGE VELÁSQUEZ, A., «Primera decisión jurisprudencial sobre medidas cautelares provisionales. Uno paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos», RPI, 33, 1994.
- COMOGLIO, L. P., «Il "giusto processo" civile nella dimensione comparativa», RDProc., 2002.
- COMOGLIO, L. P./FERRI, C., «La tutela cautelare in Italia: Profili sistematici e riscontri comparativi», RDProc., 1990.
- COMPERNOLLE, J. V., «Les mesures provisoires en droit belge. Introduction générale», in: *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, J. V./ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, M. A., «Las medidas cautelares en el Ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998», AJA, n.º 370, de 17 de diciembre de 1998.
- CONIGLIO, A., «La riforma del sistema cautelare nel diritto processuale civile», *rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1927.
- , *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milano, 1942.
- CONSOLO, C., «Il processo cautelare: profili generali», RTDPC, 1996.
- CONTE, R., «Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio», RDProc., 1995.
- , «La nozione di irreparabilità nella tutela d'urgenza del diritto di credito», RDProc., 1998.
- CORDÓN MORENO, F., *El proceso contencioso administrativo*, Pamplona, 1999.
- PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I*, Parte General, Madrid, 2004.
- CORREA DEL CASSO, J. P., *El proceso monitorio*, Barcelona, 1998.

- CORREIA, F. Alves, «A impugnação jurisdicional de normas administrativas», CJA, 16, 1999.
- , *Direito constitucional — A justiça constitucional*, Coimbra, 2001.
- , «Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva», BFD, 79 (2003).
- , *Manual de direito do urbanismo*, Vol. I, 2.^a ed., Coimbra, 2004.
- , «Intimação judicial para a prática de acto legalmente devido no âmbito do procedimento de licenciamento de operações urbanísticas», RLJ, ano 135, 2005, n.º 3934.
- CORREIA, J. M. Sérvulo, *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa, 1982.
- , *Legalidade e autonomia contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987.
- , *Contencioso administrativo* (Lições Polic.), AAFDL, Lisboa, 1990.
- , «Linhas de aperfeiçoamento da jurisdição administrativa», ROA, ano 51, 1991.
- , «Prefácio» a RICARDO LEITE PINTO, *Intimação para um comportamento*, Lisboa, 1995.
- , «O direito dos interessados à informação: ubi ius, ibi remedium», CJA, 5, 1997.
- , «Impugnação de actos administrativos», CJA, 16, 1999.
- , «Vinte e cinco anos de mutação no Direito», Fius, 1999.
- , «Unidade ou pluralidade de meios processuais principais no contencioso administrativo», in: *Reforma do contencioso administrativo. Trabalhos preparatórios, O debate universitário*, Ministério da Justiça, Lisboa, 2000.
- , «O recurso contencioso no projecto da reforma: tópicos esparsos», in: *Estudos de direito processual administrativo*, Lisboa, 2002.
- , «O incumprimento do dever de decidir», CJA, 54, 2005.
- , *Direito do contencioso administrativo*, Lisboa, 2005.
- CORREIA, J. M. Sérvulo/MEDEIROS, Rui/AYALA, Bernardo Diniz de, «Vers une protection juridictionnelle commune des citoyens en europe (?)», in: *Estudos de direito processual administrativo*, Lisboa, 2002.
- CORSO, G., «La tutela cautelare nel processo amministrativo», FA, 1987.
- , *La giustizia amministrativa*, Bologna, 2002.
- CORTEN, O., «Motif légitime et lien de causalité suffisant: un modèle d'interprétation rationnel du 'raisonnable'», in *Annuaire Français de Droit International*, XLIV, CNRS Editions, Paris, 1998.
- , *L'utilisation «raisonnable» par le juge international, discours juridique, raison et contradictions*, Collection de droit international, Editions Bruylant, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1997.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general*, 4.^a ed., Madrid, 2001.
- CORTEZ, Margarida, «A autonomia das acções para efectivação da responsabilidade civil da administração por danos resultantes de actos administrativos ilegais (Algumas considerações sobre o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967)», RJUModerna, 1, 1998.
- COSSA, P., «L'urgence en matière de référé», Gaz. du Pal., II-doctrine, 1955.
- COSTA, José Francisco de Faria, «O direito penal e o tempo. (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)», BFD (Volume comemorativo do 75.º tomo), 2003.
- COURBE-COURTEMANCHE, N., «El référé administratif en el derecho frances», RAP (37-39), 1962.
- COUTURE, E. J., Prólogo a S. SENTIS MOLENO, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, 1945.
- CRAIG, P., *Administrative law*, 3.^a ed., Londres, 1994.
- CRIPPS, Y., «Some Effects of European Law on English Administrative Law», Global Legal Studies II, in: <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol2/cripps.html>.
- CRUZ, Rita Barbosa da, «O arresto», *O Direito*, ano 132, 2000.
- CRUZ, Sebastião, *Direito romano (Ius romanum)*, I, 4.^a ed. Coimbra, 1984.
- CUNHA, Ricardo Sousa da, «Sensibilidade à diferença no acesso ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», Separata da TI (n.º 21, 1.º Semestre), 2006.

- D'HAILLECOURT, C., «Les affaires Acquaviva, Jamil et G.», Cahiers du CREDHO, n.º 3, 1997.
- D'INNELLA, G., *L'evoluzione della tutela sommaria e cautelare nel processo amministrativo*, Torino, 2002.
- DANOVI, R., «Le “délai raisonnable” en Italie au sens des articles 5 et 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme», RTDH (vol. 2, n.º 5), 1991.
- DANWITZ, Th. V., «Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht (Zu den europarechtlichen Vorgaben für das nationale Verwaltungs- und Gerichtsverfahrensrecht)», DVBl, 1998.
- DANZER-VANOTTI, W., «Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz», BB, 1991.
- DASTUR, F., *Heidegger e a questão do tempo*, trad. João Vaz, Lisboa, 1997.
- DAVID, Sofia, *Das intimações — Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2005
- DE CAROLIS, D., «La tutela cautelare: le misure cautelari, presidenziali e collegiali tra atipicità ed effettività della tutela», in: *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. CARINGELLA/M. PROTTO, Milano, 2002.
- DE CLERCK, H., «Zur Form der Entscheidung im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen einstweiligen Anordnung», NJW (1/2), 1970.
- DE LA SIERRA, S., «En busca del tiempo perdido. Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia», REDA, 116, 2002.
- , *Tutela cautelare contencioso-amministrativa y derecho europeo*, Navarra, 2004.
- DE NICTOLIS, R./CARINGELLA, F., «Giurisdizione esclusiva e pubblici appalti. La legge 205/2000 al vaglio della giurisprudenza», in: *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. CARINGELLA/M. PROTTO, Milano, 2002.
- DE PRETIS, D., «La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo», RtdP (3), 2002.
- DEBBASCH, C./RICCI, J.-C., *Contentieux administratif*, Paris (7.^a ed., 1999), 8.^a ed., 2001.
- DEBBASCH, R., «Le juge administratif et l'injonction: la fin d'un tabou», JCP, I-3924, 1996.
- DELCROS, X., anotação ao «Affaire Ministre d'Etat Charge des Affaires Sociales c. Sieur Amoros et autres», AJDA, 1970.
- DELLA VALLE, F., «La tutela cautelare e sommaria», in: F. CARINGELLA/F. DELLA VALLE/P. DE MARZO/R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n.º 205*, Milano, 2000.
- DELVOLVÉ, P./VEDEL, G., *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Paris, 1991.
- DELVOLVÉ, P., «Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire», in: *Droit administratif. Mélanges René Chapus*, Paris, 1992.
- DEMEZ G./PANIER C., «L'autonomie du référé», in: *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TAZIA, Bruxelles, 1998.
- DEMOUVEAUX, Jean-Pierre, «Les contentieux de l'expropriation: affaire Guillemain (21 février 1997)», Cahiers du CREDHO, n.º 4, 1998.
- DENOIX DE SAINT MARC, R., «Les procédures d'urgence: premier bilan», AJDA, 2002.
- DENTI, V., «Crisi della giustizia e crisi della società», RDProc., 1983.
- DENTI, V./TARUFFO, M., «Costo e durata del processo civile in Italia», RDC, I, 1986.
- DENZA, A., «La Chambre des Lords: vingt années d'enquêtes communautaires», RMC et UE, 371, 1993.
- DEPIERO, R., «Disposizioni generali sul processo cautelare», in: *La giustizia amministrativa. Commento alla L. 21 luglio 2000, n.º 205*, coordinati da V. ITALIA, Milano, 2000.
- DEYGAS, S., «La loi sur les référés administratifs. Une réforme attendue et redoutée», P-EJC (juin), 1999.

- DI BENEDETTO, U., «La tutela cautelare nel pubblico impiego nel giudizio amministrativo», FA, 1989.
- DI CUIA, A., «La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato del processo amministrativo», in: <http://www.gelso.unitn.it/card-adm/Obter-Dictum/dicui.htm>.
- DIANA, A., «Le misure conservative interinali», *Studi Senesi*, Torino, 1909.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Tutela ambiental e contencioso administrativo*, Coimbra, 1997.
- , «Relevo práctico da “intimação para consulta de documentos” na garantia jurisdicional do direito à informação dos administrados», CJA, 5, 1997.
- , «A suspensão da eficácia e a polissemia da noção de interesse público; um salto em frente na protecção cautelar do ambiente», CJA, 7, 1998.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo/OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Noções fundamentais de direito administrativo*, Coimbra, 2005.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Appunti sulla responsabilità dello Stato in Spagna: il c.d. funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia», RTDPC (2), 1990.
- DÍEZ-PICAZO, L. M., «Towards a unified judicial protection in Europe (?)», REDP, vol. 9, n.º 3, 1997.
- DINI, E. A./DINI, M., *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1971.
- DINI, E. A./MAMMONE, G., *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, 6.ª ed., Milano, 1993.
- DITTRICH, L., «Dalla tutela cautelare anticipatoria alla tutela sommaria definitiva», RDProc., 1988.
- , «Il provvedimento d'urgenza», *Il nuovo processo cautelare*, coord. G. TARZIA, Padova, 1993.
- DRAGO, M., «La procédure de référé devant le Conseil d'Etat», RDP, 1953.
- DRAGO, R., «Introduction» a O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, Paris, 1991.
- DRAI, V. P., «Quelques observations sur le décret n.º 87-434 du 17 juin 1987: pour un juge qui toujours décide...», *Gaz. du Pal., Doctrine*, 1987.
- DRZEMCZEWSKI, A., «The need for a radical overhaul», NLJ, January 29, 1993.
- DU CASTILLON, L., «Les pouvoirs, au provisoire, du juge des référés: déraison de la mesure ou mesure de la raison?», *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- , «Variations autour du principe dispositif et du contradictoire dans l'instance en référé», *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- DUARTE, Maria Luísa, *Contencioso comunitário*, 2003, Lisboa.
- , *Direito administrativo da união europeia*, Coimbra, 2008.
- DUPUIS, G., Préface a P.-L. FRIER, *L'urgence*, Paris, 1987.
- DUBOIS-VERDIER, J.-M., «Le procedure d'urgenza nel processo amministrativo francese», *Amm.* (1, Abril), 1999.
- DUGRIP, O., *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, Paris, 1991.
- , «l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH aux juridictions administratives», RUDH, 1991.
- , «Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives: la réforme des procédures d'urgence», JCP (n.º 51-52, 22 décembre), 1999.
- , «Les procédures d'urgence: l'économie générale de la réforme», rfd (mars-avril), 2002.
- DUGRIP, O./SUDRE, F., «Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives: l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 24 octobre 1989», rfd, 6 (2), 1990.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J./GRIEF, N./JARVIS, M. A., «L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques (1996-1997)», RTDF, 34, 1998.
- DÜTZ, W., «Vorläufiger Rechtsschutz im Arbeitskampf», BB, 1980.

- ECKERT, G., «Du sursis à exécution au référé-suspension», in: *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, sous la direction de P. WACHSMANN, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, n.º 5, 2002.
- EDWARDS, J., «Interdict and the Crown in Scotland», LQR, 11, 1995.
- EICHHORN, W., *Die einstweiligen Verfügungen in ihrem Verhältnis zum Arrest*, Diss. Erlangen, 1909.
- EGGLESTON, R., *Evidence, proof and probability*, London, 1978.
- EKELÖF, P. O., «Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins», ZZP, 75 (1962).
- , «Beweiswert», in *Festschrift für F. Baur*, Tübingen, 1981.
- ELIAS, N., *Sobre el tiempo*, trad. a partir da versão alemã *Über die Zeit*, de G. Hirata, Fondo de Cultura económica, México, Madrid, Buenos Aires, 1989.
- , *Du temps*, Fayard, Paris, 1996, tradução para o francês de M. Hulin, Fayard, Paris, 1996.
- ELVINGER, Marc, «Le contentieux de l'annulation des actes administratifs individuels face a l'exigence du control de pleine juridiction au sens de la convention européenne des droits de l'homme», *bull.dr.h.*, 1996.
- ENDLER, J., «Verwaltungsprozess und Europarecht», in: W. KUHLA/W. HÜTTENBRINK, *Der Verwaltungsprozess*, 3. überarbeitete Auflage, München, 2002.
- ENDEMANN, W., *Das Deutsche Civilprozessrecht*, Heidelberg, 1868.
- ENGISCH, K., *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1950.
- ERGEÇ, R./VELU, J., «La notion de "délai raisonnable" dans les articles 5 et 6 de la convention européenne des droits de l'homme. Essai de synthèse», RTDH (vol. 2, n.º 5), 1991.
- ERICHSEN, H.-U., «Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO», JURA (12), 1984.
- ESCUDERO HERRERA, C., «De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo. Especial referencia a la suspensión de las disposiciones y actos», AA, 25, 1998.
- ESTORNINHO, Maria João, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, 1990.
- , *A fuga para o direito privado — Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, 1996.
- , «Para uma comparação entre a empreitada civil e as empreitadas celebradas por entidades públicas», Separata da DJ, UCP, 1996.
- , *Algumas questões de contencioso dos contratos da Administração Pública*, AAFDL, Lisboa, 1996.
- , «Um contrato ilegal... é legal?», CJA, 1, 1997.
- , «Critério da ambiência de direito público: esforço inglório para salvar o contrato administrativo?», CJA, 2, 1998.
- , «A propósito do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, e das alterações introduzidas ao regime de contencioso dos contratos da Administração Pública...», CJA, 11, 1998.
- , «Responsabilidade por danos de concessionários», in: *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, coord. J. L. LÓPEZ-MUNIZ e A. CALONE VALÁZQUEZ, Madrid, 1999.
- , *Contratos da Administração Pública (Esboço de autonomização curricular)*, Coimbra, 1999.
- , «Contencioso dos contratos da Administração Pública», CJA, 24, 2000.
- , «A reforma de 2002 e o âmbito da jurisdição administrativa», CJA, 35, 2002.
- , «Contrato Público: conceito e limites», in: *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 2004.
- , *Direito europeu dos contratos públicos. Um olhar português*, Coimbra, 2006.
- , «A transposição das Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março, e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos», CJA, 58, 2006.
- ESTOUP, P., *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédure d'injonctions, procédures à jour fixe et abrégées*, deuxième édition, 1998.

- EYERMANN, E./FRÖHLER, L., *Verwaltungsgerichtsordnung*, München, 2000.
- FABIAN, J., *Time and the other*, New York, 1983.
- FÁBRICA, LUÍS, «A acção para reconhecimento de direitos legalmente protegidos», *BMJ*, Lisboa, 1987.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Lo sumario e lo plenario en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, Madrid, 2006.
- FARIA, Rita Lynce de, *A função instrumental da tutela cautelar não especificada*, Lisboa, 2003.
- , «A sumarização da justiça civil», *J*, 04, 2008.
- FAZZALARI, E., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1985.
- , «Provvedimenti cautelari», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXVII, Roma, 1988.
- , «Profili della cautela», *RDPProc.*, 1991.
- , «Intervento», *Les mesures provisoires en droit français, Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale, Milano il 12-13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985.
- FERNANDEZ, Elisabeth, «Normas de protecção ambiental, Deficit de execução. Processo de intimação para um comportamento», *CJA*, 4, 1998.
- FÉVRIER, J.-M., «Remarques sur la procédure de sursis à exécution (L'exemple du contentieux de l'urbanisme)», *droit et ville*, 46, 1998.
- FINKELNBURG, K./JANK, K. P., *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 4. Auflage, München, 1998.
- FINZI, E., «Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria», *rivista di diritto processuale civile* (Parte II) 1929.
- FIORILLO, L., «La corte costituzionale introduce nel processo amministrativo la tutela cautelare atípica», *FA*, 1986.
- FISHER, A., «Le «délai raisonnable» et la jurisprudence allemande», *RTDH*, vol. 2, n.º 5, 1991.
- FLAUSS, J.-F., «Le droit à un recours effectif. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme», *RUDH*, 1991.
- , «Le «délai raisonnable» au sens des articles 5, 3.º et 6, 1.º de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans la jurisprudence française», *RTDH*, vol. 2, n.º 5, 1991.
- , «Droit communautaire, Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif», *AJDA* (número especial), 1996.
- , «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (novembre 1998-avril 2000)», *AJDA*, 2000.
- , «Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable: un revirement de jurisprudence historique», *RTDH*, 2002.
- FOCARELLI, C., *Equo processo e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'articolo 6 della Convenzione*, Padova, 2001.
- FOLLIERI, E., *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981.
- , «Strumentalità ed efficacia 'ex tunc' dell'ordinanza di sospensione», *Giurispr. Ital.*, 1985.
- , «La cautela atípica e la sua evoluzione», *DPA*, 1989.
- , *Il giudizio cautelare amministrativo*, Rimini, 1992.
- FONSECA, G. Pereira da, «Différences entre la procédure civile et la procédure du contentieux administratif», *RevDP*, 9, 1991.
- FONSECA, Isabel Celeste M., «Para uma nova tutela cautelar na justiça administrativa. Prólogo de uma batalha...», *CJA*, 8, 1998.
- , *Para uma tutela cautelar adequada dos administrados*, AEDUM, Braga, 1999.
- , *Problemas actuais da justiça administrativa dos contratos (contributo para a resolução do 'imbróglio jurídico')*, AEDUM, Braga, 1999.
- , «A urgência na reforma do processo administrativo», in: *Reforma do contencioso administrativo. Trabalhos preparatórios: O debate universitário*, Ministério da Justiça, Lisboa, 2000 (tb. publicado com alterações na SI, n.º 283/285, 2000).

- FONSECA, Isabel Celeste M., «Suspensão da expropriação da Quinta dos Milagres: Uma aguarela de mil cores inacabada...», CJA, 30, 2001.
- , «A justiça administrativa dos contratos da administração. Da (ainda) *ária de inútil precaução*», SI, n.º 290, tomo L, 2001.
- , *Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no processo administrativo*, Coimbra, 2002.
- , «A garantia do prazo razoável: o juiz de Estrasburgo e o juiz nacional», CJA, 44, 2004.
- , «Do novo contencioso administrativo e do direito à justiça em prazo razoável», in: *Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*, coord. A. CÂNDIDO DE OLIVEIRA, Coimbra, 2004.
- , *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo (Função e estrutura)*, Lisboa, 2004.
- , «O processo cautelar comum no novo contencioso administrativo: por novos caminhos de tempo dividido», SI, n.º 299, tomo LIII, 2004.
- , «Verdade e verosimilhança: o (provável) erro de Calamandrei», BFD (81) 2005.
- , «O contencioso dos contratos da Administração Pública — Notas sobre um domínio do contencioso administrativo de feição muito urgente», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano — No centenário do seu nascimento*, Vol. I, Coimbra, 2006. (tb. publicado com alterações in RMP, n.º 108, 2006).
- FONT LLOVET, T., «Nuevas consideraciones en torno de la suspensión de los actos administrativos», REDA, 34, 1982.
- FORSYTH, C. F./WADE, H. W. R., *Administrative Law*, 7.^a ed., Oxford, 1994.
- FOULETIER, M., «La réforme de procédures d'urgence: Le nouveau référé administratif. 3. La loi du juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives», rfdA, 16 (5), 2000.
- FRAISSEX, P., «La convention européenne des droits de l'Homme et l'urbanisme. Affair Phocas du 23 avril 1996», Cahiers du CREDHO, n.º 3, 1997.
- FRANC, M., «Traitement juridique du risque et principe de précaution», REDP, 46, 2003.
- FRANCES, M., *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire de la procédure du référé*, Sirey, Thèse Toulouse, 1935.
- FRANCO, G., *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 1968.
- FRANCO, I., *Strumenti di tutela del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Padova, 1999.
- FREITAS, J. Lebre/MACHADO, A. Montalvão/PINTO, Rui, *Código de processo civil anotado*, Vol. 2.º (artigos 381.º a 675.º), Coimbra, 2001.
- FREITAS, J. Lebre/RENDINHA, João/PINTO, Rui, *Código de processo civil anotado*, Vol. 1.º (artigos 1.º a 380.º), Coimbra, 1999.
- FREITAS, J. Lebre de, «Revisão do processo civil», ROA, 1995.
- , *Introdução ao processo civil. Conceito e princípios gerais*, Coimbra, 1996.
- , «As providências cautelares não especificadas na jurisdição administrativa», CJA, 33, 2002.
- FRICERO, N., «Les garanties d'une bonne justice», in: *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de SERGE GUINCHARD, Dalloz, Paris, 2002.
- FRIER, P.-L., «Un inconnu: le vrai référé administratif», AJDA (20 février), 1980.
- , *L'urgence*, Paris, 1987.
- FRISINA, P., «La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali», RDProc., 1986.
- , «Tutela cautelare atípica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza di mero accertamento», RDProc., 1988.
- FRISON-ROCHE, M. A., «Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure», in: *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque organisé le 5 décembre 1995, sous la direction de J.-M. COULON/M.-A. FRISON-ROCHE, Paris, 1996.
- FRÖHLER, L./EYERMANN, E., *Verwaltungsgerichtsordnung*, München, 2000.

- FROMONT, M., «La protection provisoire de particuliers contre les décisions administratives dans les Etats membres des Communautés européennes», RISA, 4, 1984.
- , «La justice administrative en Europe. Convergences», in: *Droit administratif. Mélanges René Chapus*, Paris, 1992.
- , «La convergence des systèmes de justice administrative en Europe», RtDP, 1, 2001.
- , «La responsabilité de l'État en droit français», *Responsabilidade Civil Extra-contratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, Ministério da Justiça, 2002.
- FROSINI, V., «Temporalità e diritto», RDC, Anno XLV, 1999.
- FRUMER, P., «Le recours effectif devant une instance nationale pour dépassement du délai raisonnable. Un revirement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», JourTDE, Mars, n.º 77 — 9.º année, 2001.
- FUCCILLO, M. Concetta, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Padova, 1999.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A./BACIGALUPO SAGGESE, M., «*Fumus boni iuris, periculum in mora* y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria», REDA, 94, 1997.
- GABOLDE, C., *Essai sur la notion d'urgence en droit administratif*, thèse, Paris, 1951.
- , «L'exception d'urgence en droit administratif», RD. Ch., 1952.
- , *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, 6^e éd., Paris, 1997.
- GALERA RODRIGO, S., *Sistema europeo de justicia administrativa*, Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, Madrid, 2005.
- GALGANO, S., «La scomparsa del procedimento sommario in Italia e le sue cause», *rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1925.
- GALMOT, Y., «O direito comunitário no ordem jurídica interna de França», Fius, n.º 2, Julho de 1999.
- GANSMAYER, A., *Die einstweilige Verfügung im Zivilverfahren*, München, Stuttgart, Hannover, Berlin, 1991.
- GARBAGNATI, E., «Procedimento sommario di opposizione a decreto d'ingiunzione», RDProc., 1968.
- , *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979.
- , «Doppio grado di giurisdizione cautelare nel processo amministrativo», Jus (Vol. 1/2) 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Les garanties procédurales en matière de droit public: Les droits latins de l'Europe», *Garanties judiciaires pour les procédures administratives*, coord. F. MATSCHER, Strasbourg, 1989.
- , «El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las Leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo. La sentencia inglesa 'Regina/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Limited and Others', 1989, y la negación general de medidas cautelares contra la corona», REDA, 63, 1989; reunido in: *La batalla...*, cit.
- , «Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español. La suspensión cautelar por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la Ley inglesa de 1988 aparentemente contraria al derecho comunitario. Enseñanzas para nuestro sistema de medidas cautelares, sobre la primacía del derecho comunitario y respecto a la indemnizabilidad de los daños causados por infracción de éste», REDA, 64, 1989, pp. 593 ss.; reunido in: *La batalla...*, cit.
- , «La sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del derecho comunitario aun a costa de su propio derecho nacional. Trascendencia general de la sentencia en el derecho comunitario y en el sistema español de medidas cautelares», REDA, 67, 1990; reunido in: *La batalla...*, cit.
- , «La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general», reunido in: *La batalla...*, cit.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País vasco», reunido in: *La batalla...*, cit.
- , «Las medidas cautelares que puede adoptar el juez nacional contra el derecho comunitario: La sentencia *Zuckerfabrik* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991», REDA, 72, 1991; reunido in: *La batalla...*, cit.
- , «Nuevas medidas cautelares positivas: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho (Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991)», reunido in: *La batalla...*, cit.
- , «De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour Européenne des Droits de l'Homme», RTDH, 1992.
- , «Sobre la legitimidad de las medidas cautelares utilizadas por la Comisión y el Tribunal Europeo de derechos humanos. La sentencia TEDH Cruz Varas y Otros, de 20 de Marzo de 1991», RPI, n.º 25, 1992; reunido in: *La batalla...*, cit.
- , «Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y jurisdicción plenaria de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales», reunido in: *La batalla...*, cit.
- , *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2.ª ed., Madrid, 1992.
- , «Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo», REDA, n.º 76, 1992.
- , «La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho Comunitario. Sentencia Borelli de 3 diciembre de 1992 del Tribunal de Justicia y el artículo 5 CEE», REDA, 1993.
- , «Un paso capital en el Derecho constitucional británico: El poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho Comunitario (Sentencia *Equal Opportunities Commission* de la Cámara de los Lores de 3 de marzo de 1994)», RIE, 21 (3), 1994.
- , «Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no sólo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia Atlanta del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1996)», REDA, 88, 1995.
- , *La lucha contra las inmunidades del poder*, reimp., 3.ª ed., Madrid, 1995.
- , «Prólogo» a J. M. BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1996.
- , *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1997.
- , «Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (*référé-provision*). A propósito del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (asunto *Antonissen*)», RAP, 142, 1997.
- , *Revolución francesa y administración contemporánea*, 5.ª ed., Madrid, 1998.
- , «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la unión europea», Estratto RtDP, 1, 1999.
- , «Introducción», *Comentario a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, REDA, 100, 1999.
- , «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», REDA, 103, 1999.
- , «Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?», Separata da RAP, 151, 2000.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Perspectives d'évolution des justices administratives dans le cadre européen», DA-EJC, 2001.
- , «Sobre la ejecutoriedad inmediata de las medidas cautelares recurridas en casación. Una reflexión rectificativa», separata da RAP, 2000.
- , «Prólogo» a ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no processo administrativo*, Coimbra, 2002. (tb. publ. in REDA, 115, 2002).
- , «El nuevo Código portugués del Proceso de los Tribunales Administrativo», Separata del artículo publicado en el número 162 de la RAP, septiembre-diciembre, 2003.
- , «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quebras de nuestro derecho administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y a medidas cautelares contencioso-administrativas (La sentencia Comisión c. España, C-214/00, de 15 de mayo de 2003)», REDA, 2003.
- , *La batalla por las medidas cautelares — Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 3.^a ed. Ampliada, 2004, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E./TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Vol. I, Madrid (8.^a ed., 1997), Vol II, 9.^a ed., Madrid, 2004.
- GARCÍA LLOVET, E., «O procedimemento: as medidas cautelares», Curso de verán sobre a nova lei da Xurisdicción contencioso-administrativa, Sada, 27 e 28 de xullo de 1998, Escola Galega de Administración Pública.
- GARCIA, Maria da Glória F. Dias, «As garantias de defesa jurisdicional dos particulares contra actuações do poder executivo na Alemanha», DDC, 27/28, Lisboa, 1986.
- , «Os Meios cautelares em direito processual administrativo», SI, n.º 250/252, 1994.
- , *Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Lisboa, 1994.
- , «Os procedimentos cautelares. Em especial, a suspensão da eficácia do acto administrativo», separata de DJ, Vol. X, Tomo 1, 1996.
- , *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1997.
- , *Do Conselho de Estado ao actual Supremo Tribunal Administrativo*, Fundação Luso-Americana, Lisboa, 1998.
- , «Da exclusividade de uma medida cautelar típica à atipicidade das medidas cautelares ou a necessidade de uma nova compreensão do Direito e do Estado», CJA, 16, 1999.
- , «As medidas cautelares entre a correcta prossecução do interesse público e a efectividade dos direitos dos particulares», in: *Reforma do contencioso administrativo. Trabalhos preparatórios: o debate universitário*, Ministério da Justiça, Lisboa, 2000.
- GARCIA, Maria da Glória/AMARAL, D. Freitas do, «O estado de necessidade e a urgência em direito administrativo», ROA, 1999.
- GARCIMARTIN ALFEREZ, F. J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996.
- GAROFOLI, R./PROTTO, M., *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002.
- GARRIDO FALLA, F., «Sobre la inejecución de las sentencias recurridas en casación», AJA, n.º 359, octubre de 1998.
- GARSONNET, E./CÉZAR-BRU, Ch., *Traité théorique et pratique de procédure*, Vol. V, Paris, 1904.
- GARY, H. R., «When procedure involves matters of life and death: interim measures and the European Convention on Human Rights», EPL, vol. 7, 2001.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *La adopción de las medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, 1999.
- GASPARRI, G., «Sul rapporto tra diritto e tempo», RIFD, IV, LI, 1974.
- GAUDEMET, Y., «Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif», rfd, 4 (3), 1988.
- , «Le juge administratif, futur administrateur?», *Le juge administratif à l'aube du XXI siècle*, Presses univ. grenoble, 1995.

- GAUL, H. F., «Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses», AcP (168), 1968.
- GEHRLEIN, M., *Zivilprozessrecht nach der ZPO-Reform 2002*, München, 2001.
- GEIMER, R./GREGER R., in: *ZÖLLER-Zivilprozessordnung-Kommentar*, 23. Auflage, Köln, 2002 (em anotação ao § 294 da ZPO).
- GELLMANN, M./REGELING, H.-W./MIDDEKE, A., *Rechtsschutz in der Europäischen Union*, München, 1994.
- GENEVOIS, B., «Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable. L'arrêt Kress de la cour européenne des droits de l'homme du 7 juin 2001 — Réconfortant et déconcertant», rfd, septembre-octobre 2001.
- GERALDES, A. S. Abrantes, «Procedimento cautelar comum», in: *Temas da reforma do processo civil*, Vol. III, Coimbra, 1998.
- VAN GERVEN, W., «Bridging the between Community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies», CMLR, 1995.
- GIANNITI, L./P. STELLA RICHTER, «Urgenza (diritto pubblico)», *Enciclopedia del Diritto* (vol. XLV), Milano, 1992.
- GIARDINA, A., «Provisional measures in Europe: some comparative observations», DCI, 74, Out/Dez. 1993.
- GILLIAUX, P., «Le temps, le Conseil d'État et Strasbourg», AP, T 1/1994.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, *Fundamentos del derecho procesal*, Madrid, 1981.
- , «El nuevo sistema de medidas cautelares en la LJCA de 1998», in: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI — Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, eds. F. SOSA WAGNER, Valencia, 2000.
- GIMENO SENDRA, V./CORTÉS DOMÍNGEZ, V./MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, 4.^a ed., 2001.
- GIPOULON, J. F., «Las medidas cautelares en la justicia administrativa francesa», DA, 239, 1994.
- GLAESER, W., Schmitt, *Verwaltungsprozeßrecht*, 14. Auflage, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 1997.
- GLASSON E./TISSIER, A., *Traité de procédure civile*, Vol. II, Paris, 1926.
- GNES, M., «I limiti del potere d'urgenza», RtDP, n.º 3, 2005.
- GOFFIN, L., «De l'incompétence des juridictions nationales pour constater l'invalidité des actes d'institutions communautaires», CDE, 1990.
- GOHIN, O., «Contentieux administratif», RGdesProc., n.º 3, 1999.
- GOLDSCHMIDT, R., «Intorno al progetto d'un nuovo codice di procedura civile portoghese», RDProc., 1936.
- GOLETTI, G. B., «I procedimenti sommari nazionali e comunitari e la validità degli atti comunitari», FA, 1998.
- GOMES, Carla Amado, «A suspensão jurisdicional da eficácia de regulamentos imediatamente exequíveis — breves reflexões», RAAF DL, n.º 21, 1997.
- , *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra, 1999.
- , «Todas as cautelas são poucas no contencioso administrativo», CJA, 18, 1999.
- , *As operações materiais administrativas e o direito do ambiente*, AAFDL, Lisboa, 1999.
- , «À espera de Ulisses — Breve análise da secção I do capítulo VI do anteprojecto de código dos tribunais administrativos/II (As medidas cautelares)», RMP, n.º 84, 2000.
- , *A prevenção à prova no direito do ambiente*, Coimbra, 2000.
- , «Le risque, cet inconnu...», Separata da RFDUL, Vol. XLIII, n.º 1, 2002.
- , «Farsa em dois actos: enganos e desenganos sobre o artigo 18.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto», CJA, 33, 2002.
- , «Algumas cautelas são excessivas no contencioso administrativo», CJA, 36, 2002.
- , «Intimação para um comportamento: Contraditória... ou talvez não?», CJA, 38, 2003.

- GOMES, Carla Amado, «O regresso de Ulisses: um olhar sobre a reforma da justiça cautelar administrativa», CJA, 39, 2003.
- , «Operações materiais administrativas», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, separata do 1.º Suplemento.
- , «Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias», in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, 2003.
- , *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007.
- GOMES, Conceição, *O tempo dos tribunais: Um estudo sobre a morosidade da justiça*, Coimbra, 2003.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., «Procesos especiales», *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Valencia, 2000.
- GONÇALVES, Pedro, *Os meios de tutela perante os danos ambientais provocados no exercício da função administrativa*, Coimbra, 1996.
- , «Apreciação do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, que estabelece o regime jurídico da impugnação contenciosa dos actos administrativos relativos à formação de certos “contratos públicos”», R-Lusiada, 1, 1998.
- , *A concessão de serviços públicos*, Coimbra, 1999.
- , *O contrato administrativo. Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*, Coimbra, 2003.
- , «Contencioso administrativo pré-contratual», CJA, 44, 2004.
- , «A acção administrativa comum», in: *A reforma da justiça administrativa*, BFD, *Studia Iuridica*, 86, *colloquia* 15, Coimbra, 2005.
- GONÇALVES, Pedro/OLIVEIRA, M. Esteves/AMORIM, J. Pacheco, *Código do Procedimento administrativo comentado*, Coimbra, 1997.
- GÖNNER, N. T., *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, Band IV, Erlangen (1801), 1803.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., «El derecho a la tutela cautelar en la jurisprudencia comunitaria sobre mercados públicos», Separata da *R.Complutense*, n.º 87 (anuario).
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., Prólogo a J. M. CAMPO CABAL, *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, Bogotá-Colombia, 1989.
- , *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 3.ª ed., 2001.
- , *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Tomo I e Tomo II (4.ª ed.), 2003, Madrid.
- GONZALEZ RIVAS, J. J., *Estudio-comentario jurisprudencial de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativo: Análisis de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Granada, 1991.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. J., «La regulación expresa de otra medida cautelar paralela al efecto suspensivo del acto administrativo en el contencioso administrativo», RVDPA, septiembre de 1991.
- , *La jurisdicción contencioso-administrativo en Alemania*, Madrid, 1993.
- , *La vía de hecho administrativa*, Madrid, 1994.
- , *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1994.
- GOURDOU, J., «La nouvelle procédure de suspension provisoire des actes administratifs susceptibles de sursis à exécution», rfd, 12 (5), 1996.
- , «Le nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d’injonction et d’astreinte. Premières applications de la loi du 8 février 1995», rfd, 12 (1), 1996.
- GOUVEIA, Paulo H. Pereira, «As realidades da nova tutela cautelar administrativa», CJA, 55, 2006.
- GRAHAM, C., «Autorité et contrat dans l’Administration moderne en Grande-Bretagne», AEAP, 1997.
- GRASSO, «Fallimento (procedimento sommario)», in: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989.
- GRAVELLS, N. P., «Displaying an act of parliament pending a preliminary ruling: constitutional enormity or Community law right?», PL, 1989.
- , «European community law in the English Courts», PL, 1993.

- GREGER, R./GEIMER, R., in: *ZÖLLER-Zivilprozessordnung-Kommentar*, 23. neubearbeitete Auflage, Köln, 2002 (anotação ao § 294 da ZPO).
- GROS, M., «Le juge administratif, la procédure et le temps», RDP, 6, 1999.
- GRUNSKY, W., «Il cosiddetto ‘modello di stoccarda’ e l’accelerazione del processo civile tedesco», RDProc., 1971.
- , «Buchbesprechung von Leipold, Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, München, 1971», ZZP (85), 1972.
- , «Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes», JuS (5) 1976.
- , «L’acceleramento del processo civile tedesco. Studi ed esperienze pratiche», Ann.di.Perugia, n.º 5, 1976.
- , «Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht», JuS (4), 1977.
- , «Arrest und einstweilige Verfügung», in: *STEIN/JONAS Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 7, Teilband 1, §§ 864-945, 21. Auflage, Tübingen, 1996 (em anotação aos §§ 916-940).
- GRUNSKY W./BAUR, F., *Zivilprozeßrecht*, 10. überarbeitete Auflage, 2000.
- GUAYO CASTIELLA, I. del, *Judicial review y justicia cautelar*, Madrid, 1997.
- GUIHAL, A., «L’amélioration d’urgence devant le tribunal administratif», rfd, 1991.
- GUINCHARD, S./VINCENT, J., *Procédure civile*, 26^e édition, Paris, 2001.
- GÜNTHER, H., «Gerichtlicher Vollziehbarkeitsaufschub vor Erheben von Widerspruch?», DÖD (6), 1999.
- GÜTHE, G., «Voraussetzungen und Inhalt der antizipierten Zwangsvollstreckung», ZZP (24), 1898.
- GUYOMAR, M./COLLIN P., «Chronique général de jurisprudence administrative française», AJDA, 2, 2001.
- GUYOMAR, M./COLLIN, P., «Chronique générale de jurisprudence administrative française», AJDA, 2, 2001.
- HÄBERLE, P., «Zeit und Verfassungskultur. Zeit und Verfassungsstaat-kulturwissenschaftlich betrachtet», in: *Reflexionen über die Zeit. Öffentliche Vortragsreihe anlässlich des Millennium*, coord. H. NÖTH, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Munich, 2000.
- HABSCHIED, W. J., «Les mesures provisoires en procédure civile: droits allemand et suisse», in: *Les mesures provisoires en procédure civile*. Atti del colloquio internazionale, Milano il 12-13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985.
- HAIBACH, G., «Vorläufiger Rechtsschutz im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und Grundgesetz», DöV (2), 1996.
- HAÏM, V., «L’application de l’article 6 aux fonctionnaires et agents publics: la jurisprudence Pellegrin (suite), les affaires Frydlender (27 juin 2000), S. M. (18 juillet 2000), Lam-bourdière et Satonnet (2 août 2000)», Cahiers du CREDHO, n.º 7, 2001.
- HANISCH, W., «I provvedimenti di urgenza nell’ordinamento tedesco», in: *Il giudizio amministrativo cautelare*, Roma, 1987.
- HAPP, M., in: E. EYERMANN/L. FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 11. Auflage, München, 2000.
- HÄRING, G., «Aspetti del giudizio cautelare tedesco», in: *Il giudizio amministrativo cautelare*, Roma, 1987.
- HARTMANN, P., in: A. BAUMBACH/W. LAUTERBACH/J. ALBERS, *Zivilprozeßordnung*, Band 1, 59. neubearbeitete Auflage, München, 2001 (anotação ao § 294).
- HAUSER, R., «Europarecht im deutschen Verwaltungsprozess (3): Vorläufiger Rechtsschutz und Gemeinschaftsrecht», VBIBW (10), 2000.
- HAWKING, S., *Breve história do tempo*, Lisboa, 2000.
- HEBRAUD, P./CÉZAR-BRU, Ch./SEIGNOLLE, J., *La juridiction du président du tribunal. Des réfê-rés*, Tome I, Paris, 1957.

- HECKER, J., «Die europäische Integration vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Conseil Constitutionnel», AÖR (123), 1998.
- HEINZE, M., «Bestandsschutz durch Beschäftigung trotz Kündigung?», DB, 1985.
- HEINZE, M., in: *Münchener Kommentar Zivilprozeßordnung*, Herausgegeben von G. LÜKE/ /A. WALCHSHÖFER, Band 3, München, 1992 (anotação aos §§ 920 e 940).
- HELLWIG, K., *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, Leipzig, 1912.
- HERRAIZ SERRANO, O., «El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del *référé-provisión*», RAP, 147, 1998.
- , «El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del *référé-provisión*», REDA, 102, 1999.
- HESPANHA, António M., *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Mem Martins, 1997.
- HIMSWORTH, M. G., «La tutela cautelar en los procedimientos de *judicial review* en el Reino Unido», in: *La justicia administrativa en el derecho comparado*, coord. J. BARNÉS VÁZQUEZ, Madrid, 1993.
- HIRTZ, B., «Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast im einstweiligen Rechtsschutz», NJW (3), 1986.
- HORLAVILLE, F., *De la notion de préjudice au fond en matière de référé*, Paris, 1948.
- HUBA, H., «Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO. 2. Teil. Der vorläufige Rechtsschutz nach § 80 VwGO», JuS (10), 1990.
- , «Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO. 3. Teil. Die einstweiligen Anordnungen», JuS (12), 1990.
- , «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil II): Das gerichtliche Aussetzungsverfahren», JURA (1), 2002.
- , «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III): Die einstweilige Anordnung», JURA (5), 2002.
- HUBER, M., *Das Beweismaß in Zivilprozeß*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983.
- , *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Herausgegeben von H.-J. MUSIELAK, 3. neubearbeitete Auflage, München, 2002 (anotação ao § 294).
- , *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Herausgegeben von H.-J. MUSIELAK, 3. Auflage, München, 2002 (anotação aos §§ 916-945).
- HUFEN, F., *Verwaltungsprozeßrecht*, 4. neubearbeitete Auflage, München, 2000.
- HUGLO, C., *Le pratique des référés administratifs*, Paris, 1993.
- HUSSERL, G., *Recht und Zeit — Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt am Main, 1955.
- IOFRIDA, G./SCARPA, A., *I nuovi procedimenti cautelari dopo la legge n.º 80 del 2005, il Decreto-Lei n.º 271 del 2005 e la Legge n.º 51 del 2006*, Milano, 2006.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M./CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Navarra, 2004.
- JACOBS, F. G., «Public law — The impact of Europe», PL, 1999.
- JAKOBS, O.-W., «Der vorläufige Rechtsschutz im Prüfungsrecht», VBIBW (4), 1984.
- JANK, K. P./FINKELNBURG, K., *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 4. Auflage, München, 1998.
- JANNASCH, A., «Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf den vorläufigen Rechtsschutz», NVwZ (5), 1999.
- JAUERNIG, O., «Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen», ZZZ (79), 1966.
- , *Zivilprozeßrecht*, 27. Auflage, München, 2002.
- JESTAZ, P., *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, 1968.
- JOLIET, R., «Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire», RTDE, 1992.
- JOLIET, R./BERTRAND, V./NIHOUL, P., «Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire», RDE, n.º 2, 1992.

- JORDA, J., «Le délai raisonnable et le droit disciplinaire de la fonction publique», AJDA, 2002.
- JORDANO FRAGA, J., «El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva. La suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS», RAP, 145, 1998.
- KADELBACH, S., «Diritto comunitario e giustizia cautelare amministrativa», RtDP, 2000.
- KALTENBORN, M., «Die formellen Anforderungen an eine Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit gem. § 80 Abs. 2 Sats 1 Nr 4, Abs. 3 VwGO», DVBl (15. Juni), 1999.
- KANT, E., *Critique de la raison pure*, Paris, PUF, 1967.
- KASER, M., *Römisches Privatrecht*, München, 1992 (há uma tradução de S. Rodrigues/F. Hämmerle, editada pela Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999).
- KERAMEUS, K. D./POLYZOGOPOULOS, K. P., «Les mesures provisoires en procédure civile hellénique», *Les mesures provisoires en procédures civile...*, cit.
- KIRSTE, S., *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998.
- KOCH, R., «Zur Vorlagepflicht nationaler Gerichte an den EuGH in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes», NJW (36), 1995.
- KONECNY, A., *Neue Entwicklungen im einstweiligen Rechtsschutz*, Wien, 1993.
- KOPP, F. O., «Vereinheitlichung und Vereinfachung des vorläufigen Rechtsschutzes gem. §§ 80, 80a, 113 III 2 und 123 VwGO», ZRP (12), 1993.
- KOPP, F. O./SCHENKE, W.-R., *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 13. Auflage München, 2003.
- KRÄMER, C., *Vorläufiger Rechtsschutz in der VwGO — Verfahren*, Freiburg, Berlin, München, 1998.
- KRESS, «Darf durch einstweilige Verfügung zur Abwendung einer übermäßigen Immission eine bestimmte Massregel angeordnet werden?», JW, 1909.
- KRÜGER, H. C./NØRGAARD, C. A., «Interim and conservatory measures under the european system of protection of human rights», in: *Fortschritt im Bewußtsein der Grund-und Menschenrechte*, Festschrift für Felix Ermacora, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1988.
- KRUMBACHER, F. N., *Vorläufiger Rechtsschutz vor nationalen Gerichten in Fällen mit Gemeinschaftsrechtsbezug*, Peter Lang, 1998.
- KUHLA, W., «Vorläufiger Rechtsschutz», in: W. HÜTTENBRINK/J. ENDLER, *Der Verwaltungsprozess*, 3. überarbeitete Auflage, München, 2002.
- , «Der vorläufige Rechtsschutz im Planfeststellungsrecht», NVwZ (5), 2002.
- KUTY, F., «Dépassement du délai raisonnable, peine inférieure au minimum légal et irrecevabilité des poursuites», JourT, 120.º année, n.º 5996, 20 janvier 2001.
- LA CHINA, S., «Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?», in: *I processi speciali. Studi offerti a V. Andrioli dai Suoi allievi*, Napoli, 1979.
- LABAYLE, H., «L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne», rfdà, 1992.
- LABAYLE, H./SUDRE, F., «Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme et droit administratif», rfdà, 15 (4), 1999.
- , «Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif», rfdà, novembre-décembre 2002.
- LABETOULLE, D., «Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif», AJDA, 1999.
- , «La genèse de la loi du 30 juin 2000», in: *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000...*, cit.
- LACABARATS, A., «La compétence des juges des référés», in: *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de S. GUINCHARD, Paris, 2002.
- , «La procédure devant les juges des référés», in: *Droit et pratique de la procédure civile*, eds. S. GUINCHARD, Paris, 2002.

- LACABARATS, A., «Le référé», in: *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de S. GUINCHARD, Paris, 2002.
- LAGASSE, J.-P./AMELYNCK, Ch./VAN DE GEJUCHTE, F., *Le référé administratif*, Bruxelles, 1992.
- LAGUMINA, S./PHILIPPE, E., «Le référé précontractuel. Bilan et perspectives», *AJDA*, 2000.
- LAÏD, Z., «L'urgence ou la dévalorisation culturelle de l'avenir», in: *Esprit*, n.º 240, 1998.
- LAMBERT, P., *La convention européenne des droits de l'homme et l'évolution de la jurisprudence belge*, 1986.
- , «Les notions de 'délai raisonnable' dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme», *RTDH*, vol. 2, n.º 5, 1991.
- , «La cour européenne de droits de l'homme», *JourTDE*, n.º 17 — 3.º année, 1995.
- LAMY, F., «Conclusions sur Conseil d'État, Section, 20 décembre 2000, Ouatah», *rfd*, 17 (3), 2001.
- LANCELLOTTI, F., «Osservazione critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare», *rivista di diritto processuale civile* (Parte I), 1939.
- , *Contributo allo studio sistematico della cautela giuridica*, Padova, 1942.
- LANDI, G./POTENZA, G., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1997.
- LANFRANCHI, L., «Riflessioni "de iure condito" e "de iure condendo" sulla tutela cognitiva ordinaria e sommaria», *RGLPS* (anno XXXIII — fasc. 4-5), Parte I, 1982.
- , «Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari», *RTDPC*, 1987.
- , «Procedimenti decisorii sommari», in: *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Vol. XXIV, Roma, 1991.
- , «"Pregiudizi illuministici" e "giusto processo" civile», in: *Giustio processo civile e procedimenti decisorii sommari*, eds. L. LANFRANCHI, Torino, 2001.
- LAPERTOSA, F., «L'artigo 186 quarter c.p.c.: una rivoluzionaria novità nella giustizia civile», *RDProc.*, 1996.
- LATOURNERIE, M.-A., «Les choix du législateur de 1995 en matière de sursis à exécution des décisions administratives», *rfd*, 12 (1), 1996.
- LAZZARA, P., «Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia», *DPA* (4), 2003.
- LAZZARA, F., «Prefazione» a G. IOFRIDA/A. SCARPA, *I nuovi procedimenti cautelari dopo la legge n.º 80 del 2005, il Decreto-Lei n.º 271 del 2005 e la Legge n.º 51 del 2006*, Milano, 2006.
- LEÃO, Anabela F. da Costa, «A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias. Sob o signo da urgência», in: *Estudos de direito público*, coordenação JOÃO CAUPERS/JORGE BACELAR GOUVEIA, Lisboa, 2006, pp. 355 ss.
- , «Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias — anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 5/06», *JC*, n.º 10, 2006.
- LE BERRE, H., *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2002.
- LE GENDRE, B., «La Cour européenne contre la justice escargot», *Le Monde*, Mercredi, 4 janvier 1989.
- LE GLOAN, J., «L'influence croissante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les droits nationaux», *RDP*, n.º 6, 1999.
- LEBRETON, G., «L'affaire du sang contaminé devant la Cour européenne des droits de l'Homme», *Cahiers du CREDHO*, 3, 1997.
- LEHMAN, H., *Justice une lenteur coupable*, Paris, 2002.
- LEIGH, L. H., «Le «délai raisonnable»: note a propos du droit Anglais», *RTDH*, vol. 2, n.º 5, 1991.
- LEINER, W., «Rechtsschutz binnen Wochenfrist: Die Eilentscheidung nach § 36 AsylVfG», *NVwZ* (3), 1994.
- LEIPOLD, D., *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, München, 1971.

- LEIPOLD, D., «Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes», ZJP (90), 1977.
- , in: STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Band 3, §§ 253-299a, 21. Auflage, Tübingen, 1997 (anotação ao § 294).
- LEITÃO, Alexandra, *A protecção dos terceiros no contencioso dos contratos da Administração Pública*, Coimbra, 1998.
- , «Da pretensão subsidiariedade da acção para reconhecimento de direitos ou interesses legítimos face aos restantes meios contenciosos», CJA, 7, 1998.
- , «Duas questões a propósito da aplicação do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio», CJA, 19, 2000.
- , «Da natureza jurídica dos actos praticados pela Administração no âmbito da execução dos contratos», CJA, 25, 2001.
- , *A Protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*, Coimbra, 2002.
- LEVITSKY, J. E., «The europeanization of the british legal style», theAJCL, 42 (2), 1994.
- LIEBMAN, E. T., «Unità del procedimento cautelare», RDProc., 1954.
- , *Manuale di diritto processuale civile*, 4.ª ed., Milano, 1984.
- LIMA, J. Pires de, «Comentário à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre a admissibilidade da queixa n.º 65305/01, apresentada por Maria de Lourdes Gouveia da Silva Torrado contra Portugal», ROA, ano 63, 2003.
- LINDBLOM, H., «Harmony of the legal spheres: a Swedish view on the construction of a unified European procedural law», ERPL, Vol. 5, n.º 1, 1997.
- LLORENS, F., «Le référé précontractuel entre continuité et changement», in: *Le nouveau juge administratif des référés réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, sous la direction de P. WACHSMANN, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, n.º 5, 2002.
- LOMBARD, M., «Responsabilité de l'État pour la durée excessive des procès administratifs» (anotação à decisão do *Conseil d'État*, de 28 de Junho de 2002, *Garde des Sceaux c. Magiera*), DA-EJC, octobre 2002.
- LOMBARDO, L., «Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare», RDProc., 2001.
- LONG, M./WEIL, P./BRAIBANT, G./DELVOLVÉ, P./GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14ª édition, Paris, 2003.
- LOOS, C., «Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsrecht: Das Verfahren nach § 80 VwGO», JA (8/9), 2001.
- , «Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsrecht: Das Verfahren nach § 123 VwGO», JA (11), 2001.
- LOPES, João B., *Medidas cautelares inominadas*, S. Paulo, 1986.
- LOPES, M. Baptista, *Dos procedimentos cautelares*, Coimbra, 1965.
- LÓPEZ MUÑOZ, R., *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la administración de justicia*, 2.ª ed., Granada, 2000.
- LUHMANN, N., *Risk: a Sociological theory*, Berlin, 1993.
- MAÇÃS, Maria Fernanda, «A relevância constitucional da suspensão da eficácia dos actos administrativos», in: *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993.
- , *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, Coimbra, 1996.
- , «Correcção do requerimento de suspensão da eficácia: uma jurisprudência a corrigir», CJA, 2, 1998.
- , «Tutela judicial efectiva e suspensão da eficácia: balanço e perspectivas», CJA, 16, 1999.
- , «As medidas cautelares», in: *Reforma do contencioso administrativo. Trabalhos preparatórios: o debate universitário*, Ministério da Justiça, Lisboa, 2000.
- , «As formas de tutela urgente previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos», RMP, n.º 100, 2004.

- MAÇAS, Maria Fernanda, «As formas de tutela urgente previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos», in: *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra, 2005.
- , «Meios urgentes e cautelares — Perplexidades quanto ao sentido e alcance de alguns mecanismos de tutela urgentes», in: *A nova justiça administrativa*, Trabalhos e conclusões do seminário comemorativo do 1.º ano de vigência da reforma do contencioso administrativo, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 2006.
- MACEDO, Miguel, «Intervenção do Secretário de Estado da Justiça», *CJA*, 40, 2003.
- MACHADO, A. Montalvão/PIMENTA, Paulo, *O novo processo civil*, 3.ª ed., Coimbra, 2001.
- MACHADO, Jónatas E. M., «Direito à liberdade e prisão preventiva» (na jurisprudência internacional dos Direitos do Homem)», *JC*, n.º 4, 2004.
- , «Breves considerações em torno do âmbito da justiça administrativa», *A reforma da justiça administrativa*, BFD, *Stvdia ivridica*, 86, *colloquia* 15, Coimbra, 2005.
- MACHADO, P./CAPITÃO, G., «Direito à tutela jurisdicional efectiva. Implicações na suspensão jurisdicional da eficácia de actos administrativos», *Polis*, 3, 1995.
- MACHETE, Pedro, «A suspensão da eficácia dos actos administrativos», in: *O Direito*, ano 123, 1991.
- , «Os limites do princípio da adequação formal e o direito à regulação provisória de relações jurídicas controvertidas», *CJA*, 29, 2001.
- MACHETE, R. Chancerelle de, «Contencioso Administrativo», in: *Estudos de Direito Público e Ciência Política*, Fundação Oliveira Martins, 1991.
- , «A condenação à prática de acto devido — Algumas questões», *CJA*, 50, 2005.
- MACKAWAY-JONES, K., «Emergency Triage», *BMJP*, 1997.
- MAFFESOLI, M., «A ética da estética: Homo Estheticus», in: *Comunicação e Linguagens*, Lisboa, n.º 6/7, 1988.
- MAGALHÃES, Barbosa de, «Natureza jurídica dos processos preventivos e seu sistema no Código de Processo Civil», *ROA*, ano 5.º (3/4), 1945.
- MAGI, E./CARLETTI, F., «I provvedimenti di istruzione preventiva», in: *Il nuovo processo cautelare*, a cura di G. TARZIA, Padova, 1993.
- MAHONEY, Paul, «Bref commentaire sur le règlement de la cour: quelques-uns des points essentiels», *OB*, n.º 30, 1.er décembre 1998.
- MAIA BORGES, E./SETIL, Inês, «Breve comentário ao regime processual experimental aprovado pelo DL n.º 108/2006, de 8/6», *SI*, n.º 306, 2006.
- MALIGNER, B., «Le juge du «référé liberté» et les débats télévisés lors des campagnes électorales», *rfd*, 17 (3), 2001.
- MALINVERNI, G., «Droit à un procès équitable et cours constitutionnelles», *RUDH*, Vol. 6, n.º 11, 1994.
- MAMMONE, G./DINNI, E. A., *I provvedimenti d'urgenza*, 6.ª ed., Milano, 1993.
- MAMPEL, D., «Vorläufiger Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte mit Doppelwirkung nach dem 6. VwGOÄndG», *DVB1* (1. Oktober), 1997.
- MÄDRICH, J., *Das Verhältnis der Rechtsbehelfe des Antragsgegners im einstweiligen Verfügungsverfahren*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1980.
- MANDRIOLI, C., «Funzione anticipatrice e natura cautelare nei provvedimenti d'urgenza», *Giurispr. Ital.* (Parte IV), 1953.
- , «Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali», *RDProc.*, 1964.
- , «I provvedimenti d'urgenza: Deviazioni e proposte», *RDProc.*, 1985.
- , *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1989.
- , «Le nuove ordinanze 'di pagamento' e 'ingiunzionale' nel processo ordinario di cognizione», *RDProc.*, 1991.
- MANNING, J., *Judicial review proceedings*, London, 1995.
- MARELLI, F., «La stabilità dei provvedimenti cautelari», *RDProc.*, 1999.

- MARIANO, João, C., *A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória*, Coimbra, 2003.
- MARINONI, L. G., *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, S. Paulo, 1992.
- MARKUS J.-P., «Sursis à exécution et intérêt général», AJDA, 1996.
- MARTÍN ALFÉREZ, F. J. García, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996.
- MARTÍN-RETORQUILHO BAQUER, L., «El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», RAP, n.º 165, 2004.
- MARTIN, R., «Le référé, théâtre d'apparence», RD.Ch., 1979.
- MARTINEZ, Pedro Romano, «Intimação para um comportamento. Providência cautelar», CJA, 2, 1997.
- MARTINO, R., «Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (legge 24 marzo 2001, n.º 89)», RDProc., 2001.
- MARTINS, Ana Gouveia, *A tutela cautelar no contencioso administrativo (Em especial, nos procedimentos de formação dos contratos)*, Coimbra, 2005.
- MARTINS, Ana Maria Guerra, *Curso de direito constitucional da união europeia*, Coimbra, 2004.
- MARTINS, Ana Maria Guerra/QUADROS, Fausto de, *Contencioso comunitário*, Coimbra, 2005.
- MASUCCI, A., «La legge tedesca sul Processo Amministrativo», in: *Quaderni di diritto processuale Amministrativo*, Milano, 1991.
- MATHARAN, X./SERRON, C., *Les procédures d'urgence devant le juge administratif*, dossier d'experts, La Lettre du Cadre Territorial, 2001.
- MATHIAS, R., «Rights and remedies in European community law: a comparative view», CMLR (34), 1997.
- MATSCHER, F., «La jurisprudence de la cour relative à l'article 6 de la convention», DDC, n.º 33/34, 1988.
- , «Les garanties judiciaires pour les procédures administratives: Rapport introductif», in: *Garanties judiciaires pour les procédures administratives*, Vol. I, Strasbourg, 1989.
- , «Les mesures provisoires en droit de procédure civile autrichien», in: *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale, Milano il 12-13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985.
- MATTHEWS, M. H., «Injunctions, interim relief and proceedings against Crown Servants», OJLS, 8 (8), 1988.
- MAZZARELLA, F., «Processo, contraddittorio, norma processuale», RTDPC, 1974.
- MEDDA, R./OCTAVE, C./ASCOLI, A. R./BOANO, I. R., «La ragionevole durata dei processi (L'Italia e la convenzione europea dei diritti dell'uomo)», Doc.G, n.º 1-2, 2000.
- MEDEIROS, Rui, «Estrutura e âmbito da acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido», RDES, 1/2, 1989.
- , «Apreciação geral dos projectos», CJA, 40, 2003.
- MEDEIROS, Rui/MIRANDA, Jorge, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, 2005.
- MEDHI, R., «Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente)», RTDE, 32, 1996.
- MELO, A. M. Barbosa de, *Direito Administrativo II (A protecção jurisdiccional dos cidadãos perante a administração pública)*, polic., Coimbra, 1987.
- , «Parâmetros constitucionais da justiça administrativa», *Reforma do contencioso administrativo. Trabalhos preparatórios: o debate universitário*, Ministério da Justiça, Lisboa, 2000.
- MENCHINI, S., «Processo amministrativo e tutele giurisdizionale differenziate», DPA (4), 1999.
- MENDES, João de Castro, *Direito processual civil*, I, revisto e actualizado, AAFDL, s.d., Lisboa.
- MENDONÇA, Luís Correia de, «O decreto para a cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal», J, 04, 2008.
- MENGOZZI, P., *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997.
- MERLIN, E., «L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate», RDProc., 1994.

- MERLIN, E., «La caducité et la rétractation des mesures provisoires», in: *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- , «Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo», RDPProc., 2002.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «Sistema Español de derecho Cautelar», in: *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, II, Barcelona, 1989.
- MICHEL, L., *Contentieux administratif*, Bruxelles, 1996.
- MICHELI, G. A., «Problemi attuali del processo civile in Italia», RDPProc., 1968.
- MIDDEKE, A./GELLERMANN, M./GELLERMANN, M., *Rechtsschutz in Europäischem Union*, München, 1994.
- MIGUEL, João Manuel da Silva, «A justiça portuguesa no exame do tribunal Europeu dos Direitos do homem», SJ, n.º 28, 2004.
- MINNEROP, M., *Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1973.
- MIRANDA, Jorge, «Estado de sítio e estado de emergência», in: *Dicionário de Administração Pública*, Vol. IV, Lisboa, 1991.
- , *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 3.ª ed., Coimbra, 2000.
- , «Responsabilidade do Estado pelo exercício da Função Legislativa — breve síntese», in: *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, Ministério da Justiça, Coimbra, 2002.
- MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, 2005.
- MITTERMAIER, C. J. A., *Die summarischen Verfahrensarten des gemeinen deutschen Prozesses. Der Executivprocess*, Bonn, 1826.
- MODERNE, F., «Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif», rfd, 12 (1), 1996.
- MODERNE, A., «Le juge administratif français et les règles du procès équitable», in: *Le juge administratif français et la CEDH*, RUDH, 1991.
- MONETA, G., «L'evoluzione involutiva della tutela cautelare amministrativa», DPA (2), 1994.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, «O direito de impugnação judicial de actos administrativos na Constituição de 1976 e na jurisprudência do Tribunal Constitucional», JC, n.º 6, 2005.
- MONTANARI, M., «Giurisdizione amministrativa e misure cautelari tipiche del processo civile», DPA (1), 2003.
- MONTEFUSCO, R., «Le decisioni in forma semplificata», in: *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n.º 205/2000*, a cura di B. SASSANI/R. VIL-LATA, Torino, 2001.
- MONTEIRO, Cláudio, *Suspensão da eficácia de actos administrativos de conteúdo negativo*, Lisboa, AAFDL, 1990.
- , «Ainda a suspensão da eficácia de actos administrativos de conteúdo negativo», CJA, 1, 1997.
- MONTEIRO, Cláudio/ALMEIDA, A. Duarte de/SILVA, J. L. Moreira da, «A caminho da plenitude da justiça administrativa», CJA, 7, 1998.
- MONTEIRO, Jorge Sinde, «Responsabilidade por informações», CJA, 36, 2002.
- MONTERO AROCA, J., *Introducción al derecho procesal, jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, 1976.
- , «Prólogo» a GÓMEZ COLOMER, J. L./MONTÓN REDONDO/BARONA VILAR, S., *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Valencia, 2000.
- MONTESANO, L., *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Nápoles, 1955.
- , «Sulla durata dei provvedimenti d'urgenza», RDPProc., 1956.
- , «Luci ed ombre in leggi e proposte di 'tutele differenziate' nei processi civili», RDPProc., 1979.
- , «Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano», RDPProc., 1985.
- , «Attuazione delle cautele e diritti cautelabili nella riforma del processo civile», RDPProc., 1991.
- , *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2.ª ed., Torino, 1994.
- , «Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare», RDPProc., 1999.

- MONTESANO, L., «Sulle misure provvisorie in Italia», in: *Les mesures provisoires en procédure civile*. Atti del colloquio internazionale, Milano il 12-13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985.
- MONTESANO, L./ARIETA, G., *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata. I procedimenti contenziosi sommari. Il rito cautelare uniforme*, Vol. III, Torino, 1999.
- MOREIRA, Vital/CASTRO, Catarina Sarmiento e, «A justiça administrativa em Portugal (1974-1999), Relatório de um projecto de investigação», in: *Reforma do Contencioso Administrativo*, Vol. II, Coimbra, 2003.
- MOREIRA, Vital/CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra, 1993.
- MORBIDELLI, G., «Corte Costituzionale e Corti Europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)», *DPA* (2), 2006.
- MORVIDUCCI, C., «*Fumus boni iuris* e misure cautelari nel processo comunitario», in: *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1999.
- MOTSCH, R., «Vom Prozeß als Beweis zum Überwiegensprinzip», *Gedächtnisschrift für J. Rüdig*, Berlin, Heidelberg, New Yourk, 1978.
- , *Vom rechtsgenügenden Beweis*, Berlin, 1983.
- MOTULSKY, H., «Le droit subjectif et l'action en justice», *Écrits*, Dalloz, 1973.
- MOUCHARD, M., «Arrêt a llenet de Ribemont c. France du Février 1995», *Cahiers du CRE-DHO*, 3, 1997.
- MOUZOURAKI, P., «La modification du code des tribunaux administratifs en Allemagne Fédérale», *rfda*, 15, 1999.
- , *L'efficacité des décisions de juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*, Paris, 1999.
- MÜCKL, S., «Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO im System des vorläufigen Rechtsschutzes», *JA* (4), 2000.
- MUSCARDINI, M., «Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario», in: *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1991.
- , «Il nuovo articolo 23-bis ex L. 205/2000 (prime riflessioni sulla misura cautelare)», *RDProc.*, 2001.
- MUSO, J.-P., «L'administration face à la justice de l'urgence», *AJDA*, 1999.
- NABAIS, José Casalta, «Justiça administrativa e justiça fiscal», in: *A reforma da justiça administrativa*, BFD, *Stvdia ivridica*, 86, *colloquia* 15, Coimbra, 2005.
- NAVARRA, T., «La tutela interinale: artigo 187 bis e ter, c.p.c. Prospettive 'de iure condendo'», *Giurisp. Ital. (Parte IV)* 1993.
- NAVARRO PEREZ, J. L., *Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1990.
- NÉGRIN, J. P., «Chronique de l'une ordonnance de suspension provisoire annoncée», *rfda*, 14 (4), 1998.
- NEVES, A. Castanheira., *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Lisboa, 2002.
- NEVILLE-BROWN, L./BOYRON, S., «L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais», *rfda*, 1994.
- NIGRO, M., «E ancora attuale una giustizia amministrativa?», *FI (Parte V)*, 1983.
- , «L'articolo 700 conquista anche il processo amministrativo», *Giurisp. Ital.*, Vol. CXXXVII, Parte I, 1985.
- , *La giustizia amministrativa*, Bologna, 4.^a ed., 1994.
- NØRGAARD, C. A./KRÜGER, H. C., «Interim and conservatory measures under the European system of protection of human rights», in: *Fortschritt im Bewußtsein der Grund- und Menschenrechte, Festschrift für Felix Ermacora*, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1988.

- NØRGAARD, C. A., «Interim measures under the European system for protection of human rights», *Festschrift til Ole Due Liber Amicorum*, GAD, 1993.
- NORMAND, J., «Il ravvicinamento delle procedure civili nell'Unione Europea», RDPProc., 1998.
- , «Les mesures provisoires en droit français. Les fonctions des référés», in: *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- , «La caducité et la rétractation de la décision ordonnant les mesures provisoires», in: *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- , «Le juge du provisoire et les règles de preuve», in: *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- NOWICKI, M. A., «Les lenteurs des procédures civiles et pénales et la manière de les combattre», Bull.dr.h. (n.º 8), 1998.
- ODENT, B., «L'avocat, le juge et les délais», in: *Droit administratif. Mélanges René Chapus*, Paris, 1992.
- OELLERS-FRAHM, K., «Zur Verbindlichkeit einstweiliger Anordnungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte», EuGRZ, 1991.
- OHLER, C./WEISS, W., «Einstweiliger Rechtsschutz vor nationalen Gerichten und Gemeinschaftsrecht», NJW (34), 1997.
- OLIVEIRA, Andreia Sofia P., «A recusa de pedidos de asilo por "inadmissibilidade"», in: *Estudos em comemoração do décimo aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*, coord. A. CÂNDIDO DE OLIVEIRA, Coimbra, 2004.
- OLIVEIRA, António Cândido de, «A Administração Pública de prestação e o direito Administrativo», SI, 259/261, 1996.
- , *Organização judiciária administrativa (e tributária)*, Coimbra, 2003.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de/GONÇALVES, Pedro/AMORIM, João Pacheco de, *Código do procedimento administrativo — comentado*, 2.ª ed., Coimbra, 1997.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, «As garantias dos particulares no RJUE», in: *O novo regime jurídico da urbanização e da edificação*, Lisboa, 2002.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo I*, Coimbra, 1984.
- , «A impugnação e anulação dos regulamentos administrativos», RevDP, ano IV, 7, Jan./Jun. 1990.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de/OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Código de processo nos tribunais administrativos*, Vol. I, Coimbra, 2004.
- Oliveira, Rodrigo Esteves de/OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Código de processo nos tribunais administrativos*, Vol. I, Coimbra, 2004.
- OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, «Meios urgentes e tutela cautelar», in: *A nova justiça administrativa*, Trabalhos e conclusões do seminário comemorativo do 1.º ano de vigência da reforma do contencioso administrativo, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 2006.
- OLIVEIRA, Simões, «Meios contenciosos acessórios», *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986.
- OLIVER, P., «Le droit communautaire et les voies de recours nationales», CDE, 1991.
- , «Interim measures: some comparative developments», CMLR, 1, 1992.
- OLIVIERI, G., «I provvedimenti cautelari e urgenti nel disegno di legge per accelerazione dei tempi della giustizia civile», RDPProc., 1988.
- OLIVIERI, O., «I provvedimenti cautelari nel processo civile», RDPProc., 1991.
- ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984.
- ORTELLS RAMOS, M./CALDERÓN CUADRADO, M. P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996.
- ORTIZ HERRERA, S., «Justicia cautelar comunitaria: contenido y condiciones de fondo», RPJ, n.º 54, 1999.

- OSORIO ACOSTA, E., *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Madrid, 1995.
- OSÓRIO, José, «Julgamento de facto», EDES, 1954.
- OST, F., *O tempo do direito*, trad. Maria Fernanda Oliveira, Instituto Piaget, Lisboa, 2001.
- OSTERLOH, R., *Die summarischen bürgerlichen Processe*, Leipzig, 1847.
- OSTLER, F., «Wichtige prozessuale Fragen des Eilverfahrens der ZPO», MDR, 9 1968.
- OTERO, Paulo, «Revolução liberal e codificação administrativa: a separação de poderes e as garantias dos administrados», in: *Estudos em memória do Professor Doutor João da Castro Mendes*, Lisboa, s.d.
- , *A competência delegada no direito administrativo português*, aafdl, Lisboa, 1987.
- , *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, Coimbra, 1992.
- , *O poder de substituição em direito administrativo: enquadramento dogmático-constitucional*, 2 vols., Lisboa, 2005.
- , «Os contra-interessados em contencioso administrativo: fundamento, função e determinação do universo em recurso contencioso de acto final de procedimento concursal», in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001.
- , «A crise na concretização jurisdiccional da justiça», in: *O debate da justiça. Estudos sobre a crise da justiça em Portugal*, coord. A. P. BARBAS HOMEM/J. BACELAR GOUVEIA, Lisboa, 2001.
- , «A impugnação de normas no anteprojecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos», CJA, 22, 2000.
- , «Impugnações administrativas», CJA, 28, 2001.
- , *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003.
- OVERNEY, S., «Le référé-suspension et le pouvoir de régulation du juge», AJDA, 2001.
- PACTEAU, B., «Paradoxes et périls du principe de l'effet non suspensif de l'appel en contentieux administratif», in: *Mélanges René Chapus*, Paris, 1992.
- , «Vers une protection juridictionnelle commune en Europe (?) — France», REDP (vol. 9), 1997.
- , «Vu de l'intérieur: loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire», rfd, 16 (5), 2000.
- , *Contentieux administratif*, Paris (5^e édition 1999), 6^e édition 2002.
- PAJARDI, P., «Comunicazione», in: *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale Milano, il 12-13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985.
- , «La ideologia ispiratrice dei provvedimenti d'urgenza in generale. I provvedimenti cautelari. La provvisoria esecuzione», in: «*Les mesures provisoires en droit français*», *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale Milano, il 12-13 ottobre 1984, a cura di G. Tarzia, Milano, 1985.
- PALACIO GONZÁLEZ, J., *El sistema judicial comunitario*, Bilbao, 1996.
- PALEOLOGO, G., *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971.
- PAMBOU-TCHIVOUNDA, G., «Recherche sur l'urgence en droit administrative français», RDP, 1983.
- PANIER, C./DEMEZ G., «L'autonomie du référé», in: *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, sous la direction de J. VAN COMPERNOLLE/G. TARZIA, Bruxelles, 1998.
- PANZAROLA, A., «Il processo cautelare», in: *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n.° 205/2000*, a cura di B. SASSANI/R. VILLATA, Torino, 2001.
- PAOLANTONIO, N., «Il rito differenziato nel processo amministrativo», in: *Il nuovo processo amministrativo*, con il coordinamento di M. DE PAOLIS, Milano, 2001.
- PAPADIAS, L., «Interim protection under community law before the national courts. The right to a judge with jurisdiction to grant interim relief», *Legal Issues European Integration*, 2, 1994.
- PAPIER, H.-J., «Einstweiliger Rechtsschutz bei öffentlichrechtlichen Streitigkeiten (2. Teil)», JA, 1979.
- PARDAL, F. Rodrigues/BORDALO, A. Madeira, *Antologia de Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo e Tribunal Central Administrativo*, Ano II, n.° 2, 1999, Coimbra.

- PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de reforma administrativa*, Madrid, 1983.
- , «La tutela cautelar judicial en el orden contencioso-administrativo», REDA, 49, 1986.
- , «El control de la administración pública y de su actividad: el control judicial ordinario y el constitucional», in: *Manual de derecho administrativo*, 4.^a ed., Barcelona, 1996.
- PARISI, A., «Contraddittorio e giusto processo innanzi agli organi della giurisdizione amministrativa», FA, 2002.
- PASTOR BORGONON, B./VAN GINDERACHTER, E., *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1993.
- PASTOR BORGONON, B./VAN GINDERACHTER, E., «La procédure en ‘référé’», RTDE, 1989.
- PASTOR PRIETO, S., *Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993.
- PATTI, S., «Libero convincimento e valutazione delle prove», RDProc., 1985.
- PEISER, G., *Contentieux administratif*, 10^e édition, Paris, 1997.
- , *Droit administratif*, 19^e édition, Paris, 1998.
- PERA VERDAGUER, F., *Comentarios a la ley de contencioso-administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 6.^a ed., Barcelona, 1998.
- PEREIRA, A. Gonçalves/QUADROS, Fausto de, *Manual de direito internacional público*, Coimbra, 1993.
- PEREIRA, Célia S., *Arbitramento de reparação provisória*, Coimbra, 2003.
- PEREIRA, João Aveiro, *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais*, Coimbra, 2001.
- PEREIRA, Maria de Assunção do Vale, *As medidas provisórias na jurisprudência recente do Tribunal Internacional de Justiça*, Coimbra, 1998.
- PERFETTI, L. R./MICHELETTI, M., *Fonti essenziali della giustizia amministrativa. Normativa e leading cases*, Padova, 2001.
- PERROT, R., «La compétence du juge des référés», Gaz. du Pal., Doctrine, 1974.
- , «Il nuovo e futuro código di procedura civile francese», RDProc., 1975.
- , «L'évolution du référé», in: *Mélanges Hebraud*, Toulouse, 1981.
- , «Les mesures provisoires en droit français», *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale Milano, il 12-13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985.
- , «L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia», RDProc., 1995.
- PESCATORE, P., «Les mesures conservatoires et les ‘référés’», in: *La juridiction internationale permanente*, Paris, 1987.
- PETER, B., «Spécificités au regard du droit français des procédures d'urgence en droit allemand», RDP, 1994.
- PETTIT, B., «L'évidence», RTDC, n.º 3, 85.^o année, 1986.
- PETROLATI, F., *I tempi del processo e l'equa ripartizione per la durata non ragionevole (la c.d. “legge Pinto”)*, Milano, 2005.
- PETTINI, M., «Ancora sulla opposizione del terzo contro il decreto d'ingiunzione», *rivista di diritto processuale civile* (Parte II) 1927.
- , «Il decreto d'ingiunzione e l'opposizione del terzo», *Giurispr. Ital.*, Parte I, 1927.
- PETZOLD, Herbert, «La réforme du mécanisme de contrôle de la convention européenne des droits de l'Homme», OB, n.º 30 (dossier spécial sur la nouvelle cour européenne de droits de l'homme), 1.er décembre 1998.
- PICARDI, N., «Lavori per la riforma del Cod. Proc. Civ. I processi speciali», RDProc., 1982.
- , «l'articolo 700 c.p.c. uso e abuso di uno strumento per la formazione giudiziale del diritto», GC, I, 1983.
- , «La patologia della giustizia civile», GC, II, 1985.

- PIÇARRA, Nuno, «Em direcção a um procedimento comum de asilo», *Themis*, n.º 3, 2001.
- PiÑAR MAÑAS, J. L., «Justicia administrativa y tutela jurisdiccional estándares de la Unión Europea», in: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI — Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, eds. F. SOSA WAGNER, Valencia, 2000, pp. 2281 ss.
- PINHEIRO, J. P. Moura/MONIZ, B. Botelho, «As relações da ordem jurídica portuguesa com a ordem jurídica comunitária — algumas reflexões», *Leg-CCL*, 4/5, 1992.
- PINHEIRO, Paulo S., *O procedimento cautelar comum no direito processual do trabalho*, Coimbra, 2004.
- PINI, J., «Autorité et contrat dans l'Administration moderne en France», *AEAP*, 1997.
- PINTO, Ricardo Leite, *Intimação para um comportamento*, Lisboa, 1995.
- PIRES, Francisco Lucas, *Introdução ao direito constitucional europeu*, Coimbra, 1997.
- , «A experiência comunitária do sistema de governo da Constituição portuguesa», in: *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. II, Coimbra, 1997.
- PISANI, A Proto, «Il processo civile di cognizione a trent'anni dal código (un bilancio e una proposta)», *RDProc.*, 1972.
- , «Sulla tutela giurisdizionale differenziata», *RDProc.*, 1979.
- , «Appunti sulla tutela sommaria», in: *I processi speciali*, Napoli, 1979.
- , «Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive di in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega», *FI (Parte V)*, 1981.
- , «La tutela sommaria (note de jure condito e de jure condendo)», *Appunti sulla Giustizia Civile*, Bari, 1982.
- , «I provvedimenti d'urgenza», in: *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982.
- , «Problemi dela c.d. tutela giurisdizionale differenziata», in: *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982.
- , «Due note in tema di tutela cautelare», *FI (Vol. CVI)*, 1983.
- , «Corte Costituzionale: sentenza 28 giugno 1985, n.º 190», *FI (Parte I)*, 1985.
- , «Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile», *RDC*, 1987.
- , «Chiovenda e la tutela cautelare», *RDProc.*, 1988.
- , «Usi e abusi della procedura camerale ex artigo 737 ss. c.p.c (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)», *RDC*, 1990.
- , «Usi ed abusi delle procedure camerali», *RDProc.*, 1990.
- , «Procedimenti cautelari», *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXIV, Roma, 1991.
- , «Provvedimenti d'urgenza», *Enciclopedia Giuridica*, Vol., XXV, Roma, 1991.
- , *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.
- , «Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale», *FI (Parte V)* 1998.
- PISÓN APARICIO, I. Martínez de, *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1999.
- PISSALOUX, J.-L., «Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures du référé administratif», *DA-EJC (1^{re} Partie)*, octobre 2001.
- , «Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures du référé administratif», *DA-EJC (2^e Partie)*, novembre 2001.
- PIZZUTI, G., «La legge 21 luglio 2000, n.º 205: cenni sulle disposizioni in materia di giustizia amministrativa», in: *Il nuovo processo amministrativo in Italia*, eds. R. VENTRE, Milano, 2001.
- PLATZ, K., «La tutela cautelare nel processo amministrativo tedesco», *Amm*, 1, Abril 1999.
- POLYZOGOPOULOS, K. P/KERAMEUS, K. D., «Les mesures provisoires en procédure civile hellénique», in: *Les mesures provisoires en procédures civil*, Atti del colloquio internazionale, Milano, il 12-13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985.

- POTOTSCHING, V., «La tutela cautelare», in: *Processo amministrativo: quadro sistematico e linee di evoluzione. Contributo alle iniziative legislative in corso (Atti del convegno di Varenna 19-21 settembre 1985)*, Milano, 1988.
- POUJADE, B., «Le référé précontractuel», rfd (mars-avril), 2002.
- PROTTO, M., *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997.
- , «La tutela sommaria: problemi di giurisdizione e aspetti applicativi dei nuovi istituti», in: *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. CARINGELLA/PROTTO, M., Milano, 2002.
- PROTTO, M./GAROFOLI, R., *Tutela Cautelare Monitoria e Sommaria nel Nuovo Processo Amministrativo*, Milano, 2002.
- PROUST, M., *Le temps retrouvé*, Paris, Gallimard, 1949.
- PRÜTTING, H., «La preparazione della trattazione orale e le conseguenze delle deduzioni tardive nel processo civile tedesco», RDProc., 1991.
- , *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, §§ 1-354, München, 1992 (anotação ao § 294).
- QUADROS, Fausto de, *Direito das comunidades europeias*, AAFDL, 1983.
- , «O princípio da exaustão dos meios internos na convenção europeia dos direitos do homem e a ordem jurídica portuguesa», ROA, ano 50, 1990.
- , *A nova dimensão do direito administrativo. O direito administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, 1999.
- , «Algumas considerações gerais sobre a reforma do contencioso administrativo. Em especial, as providências cautelares», in: *Reforma do contencioso administrativo. Trabalhos preparatórios: o debate universitário*, Ministério da Justiça, Lisboa, 2000.
- , «Intervenção», *Responsabilidade Civil Extra-contratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, Ministério da Justiça, 2002.
- , *Direito da união europeia*, Coimbra, 2004.
- , «A europeização do contencioso administrativo», in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. No centenário do seu nascimento*, Vol. I, Coimbra, 2006.
- QUADROS, Fausto de/PEREIRA, A. Gonçalves, *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, 1993.
- QUADROS, Fausto de/MARTINS, Ana Maria Guerra, *Contencioso comunitário*, Coimbra, 2005.
- QUARITSCH, H., «Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß», VerwArch (3) 1960, (4) 1960.
- QUERZOLA, L., «La nuova tutela cautelare amministrativa è già davanti alla Consulta: una ipotesi di responso», RTDPC, 2001.
- , «La tutela cautelare nella riforma del processo amministrativo: avvicinamento o allontanamento dal processo civile?», RTDPC, 2001.
- , «Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario», RTDPC, 2001.
- QUINTANASS LÓPEZ, T., «Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano», REDA, 64, 1989.
- QUIROGA CUBILLOS, H. E., *Procesos e medidas cautelares*, Bogotá, 1985.
- ERGEÇ, R./VELU, J., «La notion de 'délai raisonnable' dans les articles 5 et 6 de la convention européenne des droits de l'homme. Essai de synthèse», RTDH, 5, 1991.
- RAMBAUD, P., «La justicia administrativa en Francia», in: *La justicia administrativa en el derecho comparado*, coord. J. BARNÉS VÁZQUEZ, Madrid, 1993.
- RAMBECK, H., «Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß», NJW, 39, 1961.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, T./GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, 9.ª ed., Madrid, 2004.
- RAMOS MENDEZ, F., *Derecho y proceso*, Barcelona, 1979.

- RAMOS MENDEZ, F., «Les mesures provisoires indéterminées dans le procès civil espagnol», in: *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale, Milano, il 12-13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985.
- RAMOS MÉNDEZ, F./SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974.
- RAMOS, R. M. Moura, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Sua posição face ao ordenamento jurídico português*, Coimbra, 1982.
- , *Das comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2.^a ed., Coimbra, 1999.
- RAPOSO, Vera Lúcia, «O direito a um processo equitativo na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do homem», JC, n.º 11, 2006.
- REDEKER, K./VON OERTZEN, H.-J./REDEKER, M./KOTHE, P., *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 13. Auflage, Stuttgart, 2000.
- REGELING, H.-W./MIDDEKE, A./GELLERMANN, M., *Rechtsschutz in der Europäischen Union*, München, 1994.
- REGO, C. Lopes do, «Acesso ao direito a aos tribunais», in: *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993.
- REICHOLD, K., in: THOMAS, H./PUTZO, H./HÜSSTEGE, R., *Zivilprozessordnung*, 24. neubearbeitete Auflage, München, 2002 (anotações aos §§ 916 a 940).
- REIS, J. Alberto dos, «A figura do processo cautelar», Separata do n.º 3 do BMJ, Lisboa, 1947.
- , *Código de processo civil anotado*, Vol. I (3.^a ed., reimpressão 1982), Vol. III (4.^a ed., Reimpressão 1985), Coimbra.
- RENCK, L., «Buchbesprechung von Leipold, Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München, 1971», NJW, 1972.
- RENUCCI, J.-F., *Droit Européenne des droits de l'Homme*, LGDJ, 2e, Paris, 2001.
- REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «Las medidas cautelares provisionalísimas en el proceso contencioso-administrativo», AAA, 132, 1994.
- RIBEIRO, M. Teresa de Melo, «A eliminação do acto definitivo e executório na revisão constitucional de 1989», DJ (parte I), Vol. VI, 1992, p. 365 ss. (parte II), Vol. VII, 1993, pp. 191 ss.
- , «O risco de os processos cautelares se transformarem em processos principais: alguns exemplos práticos», CJA, 52, 2005.
- RICCI, F. Edoardo., «Piero Calamandrei e la dottrina processualciviltistica del suo tempo», RDProc., 1987.
- , «Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della P. A.», DPA (2), 2002.
- RICCI, J.-C./DEBBASCH, C., *Contentieux administratif*, Paris (7^e édition, 1999), 8^e édition, 2001.
- RIDEAU, J./PICOD, F., «Les mesures provisoires ordonnées par la juridiction communautaire», JourTDE (n.º 20), 1995.
- RITTER, C., «Buchbesprechung von Leipold, Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München, 1971», JZ, 1973.
- , «Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes», ZJP (90), 1977.
- RIVERO ORTEGA, R., «Medidas cautelares innominadas en el contencioso-administrativo», REDA, 98, 1998.
- RIVERO ORTEGA, R./RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisdicción contencioso-administrativa. Reflexiones a la luz de la STC 20/1999, de 22 de febrero», REDA, 102, 1999.
- ROCHE, J./POUILLE, A., *Libertés publiques et droits de l'homme*, 13^e édition, Paris, 1999.
- RODRIGUES, A., «La célérité de la procédure pénale au Portugal et son expérience», RIDP, 1995.
- RODRIGUES, José da Cruz, «Medidas cautelares no âmbito do contencioso administrativo», RMP, 16, 1995.

- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «La tutela judicial cautelar en el Derecho Comunitario», in: *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, coord. G. C. Rodríguez Iglesias/D. J. Liñán Noguerras, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Barcelona, 1999.
- , *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Navarra, 2005.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Madrid, 1986.
- , «De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-87)», REDA, 64, 1989.
- , «La suspensión judicial del acto administrativo en el proyecto de ley de la jurisdicción contencioso administrativo», in: *Jornadas de estudio sobre la jurisdicción contencioso-administrativa en la Coruña*, 1997.
- RODRÍGUEZ-POLLEDO Y VÁZQUEZ DE PRADA, V. R., «La suspensión, como medida cautelar en los procesos contencioso-administrativos. Principios: el principio de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Una valoración provisional, como base de una medida provisional», REDA, 82, 1994.
- ROHMEYER, H., *Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozess*, Berlin, 1967.
- ROJAS RODRÍGUEZ, M., *Las medidas precautorias*, Concepción, s.d.
- ROMANO, A., «Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito», FI (Parte I), 1985.
- , «Il giudizio cautelare: linee di sviluppo», in: *Il giudizio cautelare amministrativo (aspetti e prospettive)*, Atti della giornata di studio tenuta a Brescia il 4 maggio 1985, Roma, 1997.
- , *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992.
- ROMANO, S., «La tutela cautelare nel processo amministrativo italiano», Amm, 1, Abril 1999.
- ROMEO, G., «Il giudice amministrativo nella società tardomoderna», DPA, 1997.
- RONDEAU-RIVIER, M. C., «L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés», Gaz. du Pal., Doctrine, 1991.
- ROQUE, Miguel Prata, *Reflexões sobre a reforma da tutela cautelar administrativa*, Coimbra, 2005.
- , «A urgência tem limites (!) — Breve apontamento sobre os poderes do juiz cautelar», CJA, 50, 2005.
- ROSE, N., *Pre-emptive remedies in Europe*, London, 1992.
- ROSSI, M., «L'appellabilità delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo nella giurisprudenza e nella dottrina», FA, 1983.
- ROTH, W.-H., «The application of community law in West Germany: 1980-1990», CMLR, 1991.
- ROUVIÈRE, J., *Les délais de recours en matière administrative et fiscale*, Paris, 2002.
- RUFFERT, M., «Rights and remedies in European Community Law: remedies and procedures», CMLR (34), 1997.
- RUIZ PINERO, F. L., *Las medidas cautelares en la ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Navarra, 2001.
- RUIZ-JARABO, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993.
- SAENGER, I., *Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung*, Tübingen, 1998.
- SAINT MARC, R. Denoix de, «La réforme des procédures d'urgence: le nouveau référé administratif», rfa, 16 (5), 2000.
- , «Les procédures d'urgence: premier bilan», AJDA, 2002.
- SAINZ MORENO, F., «Defensa frente a la vía de hecho recurso contencioso-administrativo, acción interdictal y amparo», RAP, 123, 1990.
- SAITTA, N., «Riti abbreviati e tutela cautelar: un passo indietro?», in: *I provvedimenti monocratici nel processo amministrativo ed altri saggi sulla nuova giustizia amministrativa*, Milano, 2002.
- SALETTI, A., «Il procedimento sommario nelle controversie societarie», RDProc., 2003.

- SALVANESCHI, L., «I provvedimenti di istruzione preventiva», RDPProc., 1998.
- SANCHINI, M. ROSSI, «La nuova tutela cautelare», GDA (Luglio, n.º 7), 2000.
- , «La tutela cautelare», in: *Diritto amministrativo speciale. Il processo amministrativo — Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Tomo quarto, Milano, 2000.
- SANDNER, W., «Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Gemeinschaftsrecht vor nationalen Gerichten», DVBl, 1998.
- SANTO AGOSTINHO, *Confissões*, Livro XI, capítulo XIII, tradução de A. do Espírito Santo / J. Beato/M. C. de Sousa Pimentel, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2001.
- SANTOS, Boaventura Sousa, *et alii, Os tribunais nas sociedades contemporâneas — O caso português*, Porto, 1996.
- SANZ GANDASEGUI, F., «Medidas provisionálistimas en el proceso contencioso-administrativo?», RAP, 138, 1995.
- SAPIENZA, C., *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1957.
- SAROLEA, S., «Les droits procédurax du demandeur d'asile au sens des articles 6 e 13 de la Convention européenne des droits de l'homme», RTDH, n.º 37, 1999.
- SATTA, S., «Limiti di applicazione del provvedimento di urgenza», FI (Parte I), 1953.
- SAUVÉ, J.-M., «État de droit et efficacité», AJDA, 1999.
- SCARSA, A., *I provvedimenti d'urgenza. Artigo 700 Cod. Proc. Civ. (Magis imperii quam iurisdictionis)*, Milano, 2004.
- SCARPA, A./IOFRIDA, G., *I nuovi procedimenti cautelari dopo la legge n.º 80 del 2005, il Decreto-Lei n.º 271 del 2005 e la Legge n.º 51 del 2006*, Milano, 2006.
- SCARSELLI, G., *L'accertamento sommario del passivo fallimentare*, Milano, 1991.
- SCHÄFER, H., «Über die Zurückweisung des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch Beschluß», MDR, 12, 1986.
- SCHENKE, W. R., «Rechtsprechungsübersicht zum Verwaltungsprozeß — Teil 4», JZ (23), 1996.
- , *Verwaltungsprozeßrecht*, 6. Auflage, Heidelberg, 1998.
- , «Der vorläufige Rechtsschutz zwischen Rechtsbewahrung und Flexibilitätsanforderungen», VBIBW (2), 2000.
- , «Probleme der Vollziehungsanordnug gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, § 80a Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 VwGO», VerwArch, 2000.
- SCHENKE, W.-R./KOPP, F. O., *Verwaltungsgerichtsordnung*, 13. Auflage, München, 2003.
- SCHERER, I., *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1996.
- SCHERMERS, H. G., «A Court of Justice» (anotação ao Acórdão do TJCE, relativo ao proc. C-143/88 e proc. C-92/89), CMLR (29), 1992.
- SCHILKEN, E., *Die Befriedigungsverfügung*, Berlin, 1976.
- SCHMIDT, R., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin, 1927.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., «Les influences réciproques entre droits administratifs nationaux et droit administratif européen», AJDA, 1996.
- SCHMITT, T., *Richtervorlagen in Eilverfahren? (Ein Beitrag zum Verhältnis verfassungsgerichtlicher konkreter Normenkontrollverfahren und "Vorabentscheidungsverfahren" nach Artigo 177 EG-Vertrag zu Verfahren des vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nach VwGO)*, Berlin, 1997.
- SCHNELLENBACH, H., «Konkurrenzen um Beförderungsämtner — geklärte und ungeklärte Fragen», ZBR (6), 1997.
- SCHOCH, F., «Suspensiveeffekt unzulässiger Rechtsbehelfe nach § 80 Abs. 1 VwGO», BayVBl (12), 1983.
- , *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1988.
- , «Grundfragen des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes», VerwArch, 1991.
- , «Die Europäisierung des vorläufigen Rechtsschutzes», DVBl, 1997.
- , «Einstweilige Anordnung», in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, herausgegeben von P. BADURA/H. DREIER, Tübingen, 2001.

- SCHOCH, F., «Ablehnung einstweiliger Anordnung gegen in-Kraft-Teten des lebenspartnerschaftsgesetzes», JURA (12), 2001.
- , «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I): Aufschiebende Wirkung und Anordnung der sofortigen Vollziehung», JURA (10), 2001.
- , «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil II): Das gerichtliche Aussetzungsverfahren», JURA (1), 2002.
- , «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III): Die einstweilige Anordnung», JURA (5), 2002.
- SCHOCH, F., in: F. SCHOCH/SCHMIDT-ASSMAN/PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, Band I, München, 1998 (em anotação ao § 80).
- SCHOCH, F., in: SCHOCH, F./SCHMIDT-ASSMANN, E./PIETZNER, R., *Verwaltungsgerichtsordnung*, Band II, München, 2002 (anotação ao § 123).
- SCHRAMECK, O., «Le sursis à exécution des décisions de rejet», rfd, 4 (1), 1988.
- SCHULTE, H., *Eine Untersuchung über das Erkenntnisverfahren bei Arrest und einstweiliger Verfügung*, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1930.
- SCHUSCHKE, W., in: WALKER, W.-D./SCHMUKLE, D., *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz — Kommentar zum Achten Buch der Zivilprozeßordnung*, Band II, Arrest und Einstweilige Verfügung, §§ 916-945 da ZPO, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999 (anotação ao §§ 935, 938).
- SCHWARZE, J., «Der vorläufige Rechtsschutz (sursis à exécution) im französischen Verwaltungsrecht», DVBI (15. Oktober), 1987.
- , *Droit administratif européen*, Vol. I, Vol. II, Bruxelles, Luxemburg, 1994.
- , «L'europanisation du droit administratif national», in: *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe — Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne*, éd. J. SCHWARZE, Baden-Baden, Bruxelles, 1996.
- , «Convergences et divergences des droits administratifs de l'union européenne», AJDA, 1996.
- , «Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit», NVwZ (3), 2000.
- SCIACCA, M., «Legge Pinto e responsabilità dello Stato», accesible in: www.Giustiziacarita.it/
- SEIGNOLLE, J., «De l'évolution de la juridiction des référés: l'évolutions des pouvoirs du juge des référés», JCP, I, 1954.
- SEIGNOLLE, J./HEBRAUD, P./CEZAR-BRU, Ch., *La juridiction du président du tribunal. Des référés*, Tome I, Paris, 1957.
- SENDER, H., «Zum Instanzenzug in der Verwaltungsgerichtsbarkeit», DVBI, 1982.
- SERMET, L., *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1993-1994.
- , «Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme», rfd, 15 (4), 1999.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., Prólogo a J. P. CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio*, Barcelona, 1998.
- SERRA, A. Vaz, «Provas. (Direito probatório material)», BMJ, n.º 110, 1961.
- SERRA, M. F. Santos., «Intervenção do Presidente do Supremo Tribunal Administrativo», CJA, 34, 2002.
- SERRON, C./MATHARAN, X., *Les procédures d'urgence devant le juge administratif*, Dossier d'experts, La Lettre du Cadre Territorial, 2001.
- SICA, M., *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1991.
- SILVA, A. V. de Oliveira e, «A suspensão da execução das decisões administrativas em França», RevDP (n.º 4), 1988.
- SILVA, José Luís Moreira da, «Cassandra e o artigo 268.º, n.º 5, da Constituição», CJA, 35, 2002.
- SILVA, Luís Gonçalves da, «Os contra-interessados na suspensão da eficácia dos actos administrativos», CJA, 12, 1998.

- SILVA, Paula Costa e, «Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar», in: *Aspectos do novo processo civil*, Lisboa, 1997.
- SILVA, Vasco Pereira da, *A natureza jurídica do recurso directo de anulação*, Coimbra, 1985.
- , *Para um contencioso administrativo dos particulares. Esboço de uma teoria subjectiva do recurso directo de anulação*, Coimbra, 1989.
- , *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996.
- , «Breve crónica de uma reforma anunciada», CJA, 1, 1997.
- , *Da protecção jurídica ambiental. Os denominados embargos administrativos em matéria do ambiente*, AAFDL, Lisboa, 1997.
- , *O Contencioso administrativo como “direito constitucional concretizado” ou “ainda por concretizar”?*, Coimbra, 1999.
- , «A acção para o reconhecimento de direitos», CJA, 16, 1999.
- , *Ensinar direito (a direito) — Contencioso administrativo*, Coimbra, 1999.
- , «‘O nome e a coisa’ — A acção chamada recurso de anulação e a reforma do contencioso administrativo», CJA, 22, 2000.
- , *Ventos de mudança no contencioso administrativo*, Coimbra, 2000
- , *Verde cor de direito. Lições de direito do ambiente*, Coimbra, 2002.
- , «2001: odisseia no espaço conceptual do acto administrativo», CJA, 28, 2001.
- , «Todo o contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição», CJA, 34, 2002.
- , «De necessário a útil: a metamorfose do recurso hierárquico no novo contencioso administrativo», CJA, 47, 2004.
- , *O contencioso administrativo no divã da psicanálise — Ensaio sobre as acções novo processo administrativo*, Coimbra, 2005.
- SILVEIRA, J. Santos, *Processos de natureza preventiva e preparatória*, Coimbra, 1966.
- SILVEIRA, João Tiago V. A. da, «O princípio da tutela jurisdicional efectiva e as providências cautelares não especificadas no contencioso administrativo», in: *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Vol. III, Coimbra, 1998.
- , *O deferimento tácito (Esboço do regime jurídico do acto tácito positivo na sequência de pedido do particular. À luz da recente reforma do contencioso administrativo)*, Coimbra, 2004.
- SILVESTRI, C., «Il sistema francese dei ‘référé’», FI (Parte V), 1998.
- SIMON, D., «Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses?», in: *Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991.
- SIMON, D./BARAV, A., «Le droit communautaire et la suspension des mesures nationales, les enjeux de l’affaire Factortame», rMC, 1990.
- SIMON, D., «Summatim cognoscere. Zwölf Exegesen», SZ, 83, 1966.
- SIMON, O., «L’applicabilité de l’article 6 § 1 aux fonctionnaires et agents publics: affaires Huber (19 février 1998, Maillard, Cazenave de la roche (9 juin 1998), Le Calvez (29 juillet 1998), Benkessiouer et Couez (24 août 1998)», Cahiers du CREDHO, n.º 5, 1999.
- SLUSNY, M., «Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes», Rbdi (1), 1967.
- SOARES, Rogério E., *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955.
- , *Direito Administrativo (Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78)*, Coimbra, 1978.
- , «O acto administrativo», SI, n.ºs 223/228, 1990.
- , «Administração Pública e controlo judicial», RLJ, ano 127, n.º 3845.
- SOMMERMANN, K.-P., «La justicia administrativa alemana», in: *La justicia administrativa en el derecho comparado*, coord. J. BARNÉS VÁZQUEZ, Madrid, 993.
- , «Le système des actions et la protection d’urgence dans le contentieux administratif allemand», rfdá, 11, 1995.

- SOMMERMANN, K.-P., «Européanisation et transformation de la justice administrative en Europe», in: *What's New in European Administrative Law?*, Sous la direction de J. ZILLER, EUI Working Paper LAW n.º 2005/10, Transcription of the statements and discussions of the round table held at the EUI on 10 December 2004, European University Institute, Florence, Department of Law.
- SONELLI, S., «I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», *RtDP* (4), 2004.
- SOROMENHO-MARQUES, V., *O futuro frágil: os desafios da crise global do ambiente*, Lisboa, 1998.
- SOUSA, J. P. Miranda de, «O direito de manifestação», *BMJ*, 375, 1988.
- SOUSA, Jorge Manuel Lopes de, «Notas práticas sobre o decretamento provisório de providências cautelares», *CJA*, 47, 2004.
- , «Crónica do Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga», *SI* (307), 2006.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, 1997.
- , «Cumulação de pedidos e cumulação aparente no contencioso administrativo», *CJA*, 34, 2002.
- SOUSA, Marcelo Rebelo, *Lições de direito administrativo*, Vol. I, Lisboa, 1999.
- SOUSA, Marcelo Rebelo/MATOS, André Salgado, *Direito administrativo geral. Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, 2004.
- STAHL, J.-H./CHAUVAUX, D., «Chronique Jurisprudence», *AJDA*, 1995 (pp. 505 ss.) e 1996 (pp. 115 ss.).
- STARACE, V., «Durata ragionevole del processo e impegni internazionali dell'Italia», *FI* (Parte V), 1995.
- STEIN, F., *Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage*, Halle, 1903.
- STERN, K., «Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit», *JuS* (9), 1998.
- SUAY RINCON, J., «La suspensión de la expropiación: el “fumus boni iuris” como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar (Auto del tribunal Superior de Justicia de Navarra de 19 de Noviembre de 1990)», *REALA*, 251, 1991.
- VASSEUR, M. M., «Urgence et droit civil», *RTDC*, 1954.
- STILO, L., «Legge ‘Pinto’ e ricorso a ‘Strasburgo’: due strumenti solo in apparenza reciprocamente sostituibili», anotação à decisão n.º 43 de 2001 da Corte d'appello de Brescia, in: *Equa riparazione del danno causato da un'irragionevole durata del processo*, acessível in: www.delittoecastigo.info/
- , «Genesi storica e politica della legge n.º 89 del 24 marzo 2001», in: www.delittoecastigo.info/
- , «Dalla ‘misura’ della ragionevole durata del processo alla sufficiente motivazione del decreto», in: www.delittoecastigo.info/
- , «La ‘legge Pinto’... in pillole», acessível in: www.delittoecastigo.info/
- STIRN, B., «Frais irrépétibles et référé-provision devant le juge administratif», *rfda*, 4 (5), 1988.
- STOLZ, T., *Einstweiliger Rechtsschutz und Schadensersatzpflicht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989.
- STUART, L. Mackenzie, «Recent developments in English Administrative Law. The Impact of Europe?», in: *Du droit international au droit de l'integration, liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987.
- SUAY RINCÓN, J., «Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: el ATS de 12 de Marzo de 1984», *REDA*, 50, 1986.
- SUBRÁ DE BIEUSSES, P., «La incidencia del derecho comunitario europeo sobre el derecho francés de contratos públicos: el caso de la directiva recursos», *Contratación Pública*, Jornadas de Valladolid, 27-29 de enero de 1993, Madrid, 1996.

- SUDRE, F., «Droit de la convention européenne des droits de l'homme», JCP, I-3823, 1995.
- , «Droit de la convention européenne des droits de l'homme», JCP (n.º 4, 24, janvier), 2001.
- , «Droit de la convention européenne des droits de l'homme», JCP (n.º 31-35, 1.º août), 2001.
- , «À propos du dynamisme interprétatif de la cour européenne des droits de l'homme», JCP (I-335), 2001.
- , «Chronique de jurisprudence de la cour européenne de droits de l'homme: affaires françaises (2001)», RDP, n.º 3, 2002.
- SZYSZCZAK, M., «Making Europe more relevant to its citizens: Effective judicial process», ELR, 21, 1996.
- TADDEI, B., *Il giudizio cautelare nella giustizia amministrativa*, Rimini, 1988.
- TALLACCHINI, M., *Diritto per la natura (Ecologia e filosofia del diritto)*, Torino, 1996.
- TARUFFO, M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970.
- , *La prueba de los hechos* (traducción de Jordi Ferrer Beltrán), 2.ª ed., Madrid, 2005.
- TARZIA, G., «Sulla strumentalità dell'accertamento tecnico preventivo», *Giurispr. Ital.*, 1967.
- , «Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile», RDPProc., 1985.
- , «Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza», RDPProc., 1986.
- , «Retrospectiva sulla vicenda del procedimento sommario», RDPProc., 1987.
- , «La tutela cautelare», in: *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993.
- , «Modelli europei per un processo civile uniforme», RDPProc. (4), 1999.
- , «Providências cautelares atípicas (uma análise comparativa)», Separata da RFDUL, 2000.
- , «Harmonisation ou unification transnationale de la procédure civile», Rdipp (n.º 4), 2001.
- , «L'ordine europeo del processo civile», RDPProc. (4), 2001.
- , «Nozioni comuni per un processo civile europeo», RDPProc. (2), 2003.
- TASSONE, A. Romano, «Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa», RPA, 1, 2001.
- TAVERNIER, Paul, «La France et la Cour Européenne des Droits de l'Homme. La jurisprudence de 1994 à 1996 (présentation, commentaires et débats)», Cahiers du CREDHO, n.º 3, 1997.
- TENDLER, R., «Le juge des référés, une "procédure ordinaire"??», RD.Ch. (Vol. XXVII), 1991.
- TEPLITZKY, O., «Arrest und einstweilige Verfügung», JuS (1. Teil), 1980; (2. Teil), 1981; (3. Teil), 1981.
- TERWIESCHE, M., «Der Verstoß gegen die Begründungspflicht in § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO», NWVBI (12), 1996.
- TESAURO, G., «La tutela cautelare e diritto comunitario», *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1992.
- THÉRY, P., «La justice entre l'exigence de la durée et la contrainte de l'urgence», *Droits*, 30, 2000.
- THOMAS, H./PUTZO, H., ZPO, *Zivilprozeßordnung*, 19. Neubearbeitete Auflage München, 1995.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *Antigo regime e a revolução*, Lisboa, 1989.
- TOMASEVIC, D. V., «L'usage du référé devant la Cour de justice à l'encontre des États membres de la Communauté européenne», RMUeu (4), 1999.
- TOMMASEO, F., *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983.
- , «Intervento», *Les mesures provisoires en procédure civile...*, cit.
- , «Provvedimenti d'urgenza», *Enciclopedia del Diritto* (Vol. XXXVII), Milano, 1988.
- TORNOS I MAS, J., «Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial», REDA, 61, 1989.
- TORRES, Mário J. A., «A reforma do contencioso administrativo: que metodologia?», CJA, 9, 1998.
- , «Relatórios de síntese», CJA, 16, 1999.
- TOURDIAS, M., «Référé administratif et constat d'urgence», JCP, 1961.
- TOUVET, L., «Première applications des nouvelles procédures de référé», rfdA, 17 (2), 2001.
- TRAORÉ, S., «Référé-injonction et voie de fait», DA-EJC (Avril), 2001.

- TROCCHIO, G. di, «Provvedimenti cautelari in diritto processuale penale», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXVII, Milano, 1988.
- TROCKER, N., «Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali», RTDPC, 2001.
- TSIKLITIRAS, S., «Le statut constitutionnel du sursis à l'exécution devant le juge administratif», RDP, 3, 1992.
- UECHTRITZ, M., «Vorläufiger Rechtsschutz eines Nachbarn bei genehmigungsfreigestellten Bauvorhaben. Konkurrenz zwischen Zivil- und Verwaltungsprozeß?», BauR (7), 1998.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «El juez nacional como garante de los derechos en el ámbito comunitario», RVAP, n.º 65, 2003.
- ULE, C. H., *Verwaltungsprozeßrecht*, 9. Auflage, München, 1987.
- ULRICH, G. A., «Die Beweislast in Verfahren des Arrestes und der einstweiligen Verfügung», GRUR (3) 1985.
- ULSAMER, G., «Artigo 6 Menschenrechtskonvention und die Dauer von Strafverfahren», in *Festschrift Hans Joachim Faller*, eds. W. ZEIDLER/T. MAUNZ/G. ROELLECKE, München, 1984.
- URBAN, R., «Eingeschränkte Verwerfungskompetenz der Verwaltungsgerichte im Eilverfahren gem. § 123 VwGO», NVwZ (5), 1989.
- VAIANO, D., «L'accelerazione dei tempi processuali», GDA (Luglio, n.º 7), 2000.
- VAN DE GEJUCHTE, F./LAGASSE J.-P./AMLYNCK, *Le Référé Administratif*, Bruxelles, 1992.
- VAN DER STICHELE, A., *La notion d'urgence en droit publique*, Bruxelles, 1986.
- VAN GERVEN, W., «Of rights, remedies and procedures», CMLR (37), 2000.
- VAN GINDERACHTER, E./PASTOR BORGONON, B., *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el de Primera Instancia de las Comunidades europeas*, Madrid, 1993.
- VANDERMEEREN, R., «La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif», AJDA, 9, 2000.
- , «Le référé-suspension», rfa (mars-avril), 2002.
- VARELA, A./BEZERRA, J. Miguel/NORA, Sampaio e, *Manual de processo civil*, 2.ª ed. Coimbra, 1985.
- VASCONCELOS, Pedro Bacelar de, «A crise da justiça em Portugal», Cadernos democráticos, Coleção Fundação Mário Soares, Lisboa, 1998.
- VAZ, A. M. Pessoa, «Les mesures provisoires et les procédures préventives dans l'évolution du droit de procédure portugais», in: *Les mesures provisoires en procédure civile...*, cit.
- , «A crise da justiça em Portugal (os grandes paradoxos da política judiciária dos últimos anos)», ROA, 1986.
- , *Direito processual civil. Do antigo ao novo código*, Coimbra, 1998.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «La constitución del proceso cautelar en el derecho procesal civil español», in: *Jornadas sobre las reformas del proceso civil*, Madrid, 1990.
- VEDEL, G./DEVOLVÉ, P., *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Paris, 1991.
- VELU, J./ERGER, R., «La notion de “délai raisonnable” dans les articles 5 et 6 de la convention européenne des droits de l'homme. Essai de synthèse», RTDH, Vol. 2, n.º 5, 1991.
- VERBARI, G. Battista, *Principii di diritto processual amministrativo*, Milano, 1992.
- VERDE, G., «Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro», RDProc., 1977.
- , «Considerazioni sul provvedimento d'urgenza», in: *I processi speciali. Studi offerti a V. Andrioli dai Suoi allievi*, Napoli, 1979.
- , «Ennesima variazione giurisprudenziale in tema di provvedimenti ex. articolo 700.º c.p.c.», RDProc., 1980.
- , «L'attuazione della tutela d'urgenza», RDProc., 1985.
- VIANA, Cláudia, «Recentíssimas alterações do contencioso relativo à formação dos contratos públicos», CJA, 37, 2003.

- VIANA, Cláudia, «Contratação pública e empresas públicas: direito nacional e direito comunitário», CJA, 52, 2005.
- VIARGUES, R., «Le référé-provision devant le juge administratif: bilan de la première année», rfd, 6 (3), 1990.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B., «El proceso cautelar del ordenamiento jurídico europeo: el référé comunitario», RPJ, 45, 1997.
- VIEIRA, Filomena, «Suspensão da eficácia e legitimidade do Ministério Público para recorrer», CJA, 3, 1997.
- VINCENT, J./GUINCHARD, S., *Procédure civile*, 26^e édition, Paris, 2001.
- VIRGA, P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione*, 2.^a ed., Milano, 1976.
- VITAL, Fézas D., «Garantias jurisdicionais da legalidade na Administração Pública: França, Inglaterra e Estados Unidos, Bélgica, Alemanha, Itália, Suíça, Espanha e Brasil», BFD, ano XIII, 1932/1934.
- VOCINO, C., «Intorno al nuovo verbo “tutela giurisdizionale differenziata», in: *Studi in onore di T. Carnacini*, Milano, II, 1984.
- VOGG, S., *Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit*, Berlin, 1991.
- , «Einstweilige Feststellungsverfügung?», NJW, 1993.
- VOLLKOMMER, M., in: *ZÖLLER-Zivilprozessordnung-Kommentar*, 23. neubearbeitete Auflage, Köln, 2002 (anotação ao § 920 da ZPO).
- VON GOLITSCHKE, H., «Einstweiliger Rechtsschutz bei beamtenrechtlichen Auswahlentscheidungen», ThürVBl., 1996.
- VOSS, R., «Einstweiliger Rechtsschutz bei Zweifeln na de Gültigkeit von europäischem Gemeinschaftsrecht», RIW, 1996.
- VULLO, E., *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001.
- WACH, A., *Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung. Der italienische Arrestprozess*, Leipzig, 1869
- , *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885.
- WACHSMANN, P., «Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?», in: *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000...*, cit.
- WADE, H. W. R., «Injunctive relief against the Crown and Ministers», LQR, 107, 1991.
- WADE, H. W. R./FORSYTH, C. F., *Administrative law*, 7.^a ed., Oxford, 1994.
- WÄGENBAUR, R., «Die jüngere Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes», EuZW, 1996.
- WALINE, M., anotação ao «Affaire Ministre d'Etat Charge des Affaires Sociales c. Sieur Amoros et autres», RDP, 1970.
- WALKER, W.-D., *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Tübingen, 1993.
- , in: SCHUSCHKE, W./SCHMUKLE, D., *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz — Kommentar zum Achten Buch der Zivilprozeßordnung*, Band II, Arrest und Einstweilige Verfügung, §§ 916-945 da ZPO, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999 (anotação ao § 920).
- WALTER, G., «I diritti fondamentali nel processo civil tedesco», RDProc., 2001.
- WEIL, P., *O direito administrativo* (trad. portuguesa de Maria da Glória Ferreira Pinto), Coimbra, 1977.
- WETZEL, G. W., *System des ordentlichen Civilprocesses*, 2. Auflage, Leipzig, 1865.
- WIEHE, F., *Effektiver vorläufiger rechtsschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht*, Rasch, 2000.
- WINCKLER, G., *Zeit und Recht*, Wien, New York, 1995.
- WITTKOWSKI, B., «Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht (unter besonderer Berücksichtigung des vorläufigen Rechtsschutzes)», NJW (13), 1993.

- WOEHLING, J.-M., «La reforme du contentieux administratif vue des tribunaux administratif de première instance», DPA (4), 1995.
- WÜRTEMBERGER, T., *Verwaltungsprozeßrecht*, München, 1998.
- XAVIER, Vasco da Gama Lobo, «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», RDES, 1977.
- , *O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais*, Coimbra, 1978.
- , «Suspensão de deliberações sociais ditas ‘já executadas’», RLJ, n.ºs 3790-3801.
- ZACHARIAS, D., «Ausgewählte Grundfragen des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozess», JA (4), 2002.
- ZAPATA HÍJAR, J. C./CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M., *El procedimiento abreviado en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Navarra, 1999.
- ZARIFIAN, F., *Temps et modernité*, L’Harmattan, Paris, Canada, Budapest, Torino, 2001.
- ZIMMERMANN, E., «Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)», RDC (ano XLVII), 2001.
- ZIMMERMANN, P. G., «The case for a universal, valid, reliable 5 tier triage acuity scale for US emergency departments», JEN (June), 2001.
- ZUCCARO, F. O., *Il tempo ed il processo amministrativo*, Milano, 1999.
- ZUCCHI, M., «L’ordinanza di pagamento delle somme non contestate», RTDPC, 1991.
- ZAMPINI, F., «Le droit à une protection complète et effective devant le juge de Luxembourg», RTDE, n.º 37, 1999.

ÍNDICE

	Págs.
PREFÁCIO	9
NOTA PARA PUBLICAÇÃO	17
ABREVIATURAS	21
PLANO.....	29
INTRODUÇÃO	31

PARTE I

PROCESSO ADMINISTRATIVO TEMPORALMENTE JUSTO E URGÊNCIA: DA *CONSTITUCIONALIZAÇÃO* E DA *EUROPEIZAÇÃO* DO CONTENCIOSO URGENTE – UMA CULTURA JURÍDICA COMUM EM TORNO DA URGÊNCIA E DA CATEGORIA

PROPOSIÇÃO	87
------------------	----

CAPÍTULO I

O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E AS DIMENSÕES DO TEMPO: A RELAÇÃO ENTRE O TEMPO E O DIREITO E A PRESSÃO DESENCADEADA PELAS *SITUAÇÕES-DE-URGÊNCIA* – A JUSTA MEDIDA DE *LA DURÉE* DO PROCESSO

INTRODUÇÃO.....	95
§ 1. O TEMPO E O UNIVERSO JURÍDICO	97
0. Introdução	97
1. O tempo	99
2. O tempo e o direito	108
3. O tempo e a perspectiva tridimensional do exercício de poderes estaduais	111
§ 2. A URGÊNCIA E O UNIVERSO JURÍDICO	121
0. Introdução	121
1. A urgência	124
2. A urgência e o direito	130
3. A urgência e a perspectiva tridimensional do exercício de poderes estaduais	153

	Págs.
§ 3. O PROCESSO COMO UMA REALIDADE TEMPORAL.....	159
0. Introdução	159
1. O passado da lei processual administrativa	162
2. O passado composto da lei processual administrativa.....	165
3. O passado recente da lei processual administrativa.....	206

CAPÍTULO II

O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA E A GARANTIA DO PRAZO RAZOÁVEL: O PROCESSO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO – UMA CULTURA JURÍDICA COMUM EUROPEIA DA TUTELA DE URGÊNCIA COMO LINHA ORIENTADORA DE *TEMPERAMENTO*

INTRODUÇÃO.....	209
§ 1. PROCESSO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO: A <i>EUROPEIZAÇÃO</i> E A <i>CONSTITUCIONALIZAÇÃO</i>	215
0. Introdução	215
1. A CEDH e a jurisprudência do TEDH	220
2. O Direito Comunitário e a jurisprudência do TJCE	236
3. A CRP e a jurisprudência do Tribunal Constitucional.....	253
§ 2. PROCESSO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO: A <i>EUROPEIZAÇÃO</i> DOS REMÉDIOS	279
0. Introdução	279
1. A perspectiva europeia	280
2. A perspectiva dos estados signatários da CEDH.....	291
3. A perspectiva nacional	303
§ 3. PROCESSO TEMPORALMENTE JUSTO: A <i>EUROPEIZAÇÃO</i> DAS METODOLOGIAS DE AVALIAÇÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL E DA JUSTA REPARAÇÃO	306
0. Introdução	306
1. A metodologia europeia	310
2. A metodologia nacional	317
3. Esboço de uma metodologia a seguir.....	324

CAPÍTULO III

A DIMENSÃO DE LA *DURÉE* DO PROCESSO ADMINISTRATIVO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO: A CONCILIAÇÃO ENTRE A *DURAÇÃO* E A *URGÊNCIA* – A EMERGÊNCIA DOS PROCESSOS URGENTES E O PAPEL DO *SUJEITO-JURISDICIONAL* NO TRATAMENTO PRIORITÁRIO DAS *SITUAÇÕES-DE-URGÊNCIA*

INTRODUÇÃO.....	331
-----------------	-----

	Págs.
§ 1. A CONCRETIZAÇÃO DO PROCESSO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO	336
0. Introdução	336
1. A dimensão de « <i>la durée</i> » do processo	337
2. A dimensão de « <i>la durée</i> » perante as <i>situações-de-urgência</i>	349
3. Em especial, a conciliação entre « <i>la durée</i> » e a <i>situação-de-urgência-atípica</i>	353
§ 2. « <i>LA DURÉE</i> » DO PROCESSO QUE VERSA SOBRE AS <i>SITUAÇÕES-DE-URGÊNCIA</i> : UMA PERSPECTIVA COMPARADA	357
0. Introdução	357
1. O dinamismo dos modelos europeus de justiça administrativa	359
2. <i>As urgências</i> de matriz francesa e o modelo francês	383
3. A urgência alemã e o modelo Alemão	418
§ 3. « <i>LA DURÉE</i> » DO PROCESSO QUE VERSA SOBRE AS <i>SITUAÇÕES-DE-URGÊNCIA</i> : A PERSPECTIVA PORTUGUESA	443
0. Introdução	443
1. Modelo aberto de processos de tramitação urgente	444
2. Modelo aberto de <i>situações-de-urgência</i> , de <i>pretensões-de-urgência</i> e de <i>decisões-de-urgência</i>	446
3. Modelo atípico, gerido por um <i>sujeito-jurisdicional-de-urgência</i>	449
BALANÇO	453

PARTE II

DA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA CLÁSSICA À MODERNA: DE CATEGORIA A CONJUNTO DE TÉCNICAS E DE CONJUNTO DE TÉCNICAS À CATEGORIA — O PROCESSO (SILENCIOSO) DE RENOVAÇÃO CATEGORIAL E A EMERGÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO NO CONTENCIOSO TARDO-MODERNO

PROPOSIÇÃO	457
------------------	-----

CAPÍTULO I

O PERFIL SISTEMÁTICO DA TUTELA DE URGÊNCIA: DO MOMENTO CLÁSSICO, ENQUANTO CATEGORIA, AO MOMENTO MODERNO E À PERDA DA CLASSIFICAÇÃO — A INCERTEZA NO CONTENCIOSO TARDO-MODERNO

INTRODUÇÃO	461
§ 1. A TUTELA DE URGÊNCIA COMO CATEGORIA: A ESCOLA ITALIANA	462
0. Introdução	462
1. O pensamento de CHIOVENDA	469

	Págs.
2. A concretização de CALAMANDREI	474
3. As leituras dos autores posteriores	483
§ 2. O RÉFÉREÉ COMO « <i>JURISDIÇÃO</i> COMUM DE URGÊNCIA»: A ESCOLA FRANCESA	489
0. Introdução	489
1. As interessantes origens da figura	491
2. O contributo sistemático de PERROT e NORMAND	494
3. Os contornos actuais de uma figura sem contornos	497
§ 3. A TUTELA DE URGÊNCIA COMO <i>FIGURA</i> PROCESSUAL: A ESCOLA PORTUGUESA	500
0. Introdução	500
1. A configuração no ordenamento jurídico	504
2. A classificação doutrinal a partir de ALBERTO DOS REIS	509
3. O processo de transformação em curso	516

CAPÍTULO II

A TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA E A (APARENTE) HETEROGENEIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA NO CONTENCIOSO MODERNO: AS TÉCNICAS PROCESSUAIS FACULTATIVAS E AS NECESSÁRIAS — A SUMARIEDADE COMO TÉCNICA OBRIGATÓRIA

INTRODUÇÃO	521
§ 1. A <i>ACESSORIEDADE-INSTRUMENTALIDADE</i> , A PROVISORIEDADE E A URGÊNCIA: UM LIGAMENTO FACULTATIVO	525
0. Introdução	525
1. Duas técnicas obrigatórias apenas no processo cautelar	527
2. A provisoriedade qualitativa de tonalidade latina	532
3. A provisoriedade qualitativa de matriz francesa e alemã	545
§ 2. A ANTECIPAÇÃO E A URGÊNCIA: UM LIGAMENTO LÓGICO	565
0. Introdução	565
1. A antecipação	568
2. As diversas leituras da antecipação de natureza cautelar: a antecipação funcional	574
3. A generalização da antecipação <i>tout court</i> ?	578
§ 3. A SUMARIEDADE E A URGÊNCIA: UM LIGAMENTO NECESSÁRIO	585
0. Introdução	585
1. A sumariedade	589

	Págs.
2. A sumariedade não cautelar.....	597
3. A sumariedade e a urgência.....	606

CAPÍTULO III

A PROCURA DO PERFIL DA SUMARIEDADE NO CONTEXTO DO PROCESSO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO: ENTRE A *SUMMARIA COGNITIO* DE MATRIZ CLÁSSICA E A DE NATUREZA MODERNA — O CONCEITO TÉCNICO-JURÍDICO DE SUMARIEDADE

INTRODUÇÃO.....	621
§ 1. O PERFIL ITALIANO DA <i>SUMMARIA COGNITIO</i> : DA VEROSIMI- LHANÇA À PROBABILIDADE.....	630
0. Introdução.....	630
1. O pensamento clássico.....	632
2. A influência do pensamento clássico no pensamento moderno.....	636
3. O perfil moderno novo.....	658
§ 2. <i>LE SEUIL D'ÉVIDENCE</i> DO <i>RÉFÉRE</i> FRANCÊS E A <i>GLAUBHAFTMA- CHUNG</i> ALEMÃ: A PROVA SUMÁRIA.....	683
0. Introdução.....	683
1. O conceito de sumariedade de matriz francesa.....	685
2. O conceito de sumariedade de matriz alemã.....	695
3. Pontos de encontro.....	715
§ 3. A <i>SUMMARIA COGNITIO</i> : <i>CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO</i>	717
0. Introdução.....	717
1. Critérios de identificação do <i>modus procedendi</i> sumário.....	721
2. Critérios de identificação da <i>summaria cognitio</i>	745
3. Critérios de identificação do <i>accertamento</i> sumário (<i>summatim cognoscere</i>)...	774
BALANÇO.....	787

PARTE III

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO PROCESSO EFECTIVO E TEMPORALMENTE JUSTO: O MODELO DOS PROCESSOS URGENTES PREVISTOS NOS TÍTULOS IV E V DO CPTA: A CLASSIFICAÇÃO, A REDUÇÃO À UNIDADE E A AUTONOMIZAÇÃO DA CATEGORIA DA TUTELA JURISDICCIONAL DE URGÊNCIA

PROPOSIÇÃO.....	791
-----------------	-----

CAPÍTULO I

**O MODELO DE TRAMITAÇÃO ORDINÁRIO
E O MODELO DE TRAMITAÇÃO ESPECIAL: A URGÊNCIA
COMO FACTOR DETERMINANTE DA FORMA
E DA EXCLUSIVIDADE DO MODELO
— A CLASSIFICAÇÃO A PARTIR DA FORMA**

	Págs.
INTRODUÇÃO.....	797
§ 1. A URGÊNCIA COMO FACTOR DETERMINANTE DA FORMA ESPECIAL.....	799
0. Introdução.....	799
1. As formas processuais e os distintos critérios de determinação da forma.....	800
2. As várias leituras da lei processual administrativa.....	803
3. A leitura da lei processual administrativa a partir do critério da urgência.....	809
§ 2. O MODELO DE TRAMITAÇÃO ORDINÁRIO E O MODELO DE TRAMITAÇÃO URGENTE.....	813
0. Introdução.....	813
1. As <i>formas-gerais</i> de tramitação não urgente e as <i>pretensões-não-urgentes</i>	814
2. As <i>formas-especiais</i> de tramitação urgente e as <i>pretensões-urgentes</i>	819
3. Uma mesma tramitação urgente para as <i>pretensões-urgentes-típicas</i> e para as <i>pretensões-urgentes-atípicas</i>	827
§ 3. A FORMA URGENTE COMO IMPERATIVA.....	830
0. Introdução.....	830
1. A plena exclusividade e imperatividade da AAEVE e da AACUII.....	832
2. A exclusividade e a imperatividade relativas da AAUIDF e da AAEUC.....	841
3. A exclusividade e a imperatividade da AUC.....	875

CAPÍTULO II

**MODELO ABERTO DE *PRETENSÕES-DE-URGÊNCIA* E DE *DECISÕES-DE-URGÊNCIA*: A URGÊNCIA COMO FACTOR ATRACTIVO
DAS TÉCNICAS DE ACESSORIEDADE-INSTRUMENTALIDADE,
DA PROVISORIEDADE E DA ANTECIPAÇÃO — A CLASSIFICAÇÃO
A PARTIR (SOBRETUDO) DE UM PERFIL FUNCIONAL**

INTRODUÇÃO.....	881
§ 1. A CONCRETIZAÇÃO (FACULTATIVA) DA ACESSORIEDADE-INSTRUMENTALIDADE E DA PROVISORIEDADE.....	885
0. Introdução.....	885

	Págs.
1. A instrumentalidade do processo cautelar e do processo previsto no artigo 104.º, n.º 2, do CPTA	887
2. A provisoriedade do processo cautelar e do processo previsto no artigo 138.º do CPTA	896
3. A ausência de acessoriedade-instrumentalidade e de provisoriedade nas modalidades do processo cautelar previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA	899
§ 2. A CONCRETIZAÇÃO (LÓGICA) DA TÉCNICA DA ANTECIPAÇÃO.....	901
0. Introdução	901
1. A antecipação cautelar	903
2. A antecipação prevista no processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias	915
3. A antecipação prevista nas modalidades dos processos cautelares previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA	916
§ 3. O PAPEL (E OS PODERES) DO SUJEITO-JURISDICIONAL-DA-URGÊNCIA	917
0. Introdução	917
1. Poderes especiais do <i>sujeito-jurisdicional-de-urgência</i> na determinação do <i>modus procedendi</i> dos processos urgentes	919
2. Poderes especiais do <i>sujeito-jurisdicional-de-urgência</i> na determinação do conteúdo das <i>decisões-judiciais-de-urgência</i>	922
3. Alguns poderes (verdadeiramente) exorbitantes do <i>sujeito-jurisdicional-de-urgência</i>	927

CAPÍTULO III

O MODELO ORDINÁRIO DE *PLENA COGNITIO* E O MODELO ESPECIAL DA *SUMMARIA COGNITIO*: A URGÊNCIA COMO FACTOR CONFORMADOR DA *SUMARIEDADE PROCEDIMENTAL* E *COGNITIVA* — A CLASSIFICAÇÃO A PARTIR (SOBRETUDO) DA ESTRUTURA

INTRODUÇÃO.....	933
§ 1. A CONCRETIZAÇÃO NECESSÁRIA DA <i>SUMARIEDADE PROCEDIMENTAL</i>	936
0. Introdução	936
1. O <i>modus procedendi</i> dos processos ordinários	938
2. A simplificação e abreviação do <i>modus procedendi</i> nos processos urgentes principais	944
3. A simplificação e a abreviação do <i>modus procedendi</i> nos processos urgentes cautelares	957
§ 2. A CONCRETIZAÇÃO DA TÉCNICA DA <i>SUMARIEDADE COGNITIVA</i>	970
0. Introdução	970
1. O modelo de <i>plena cognitio</i> dos processos ordinários.....	972

	Págs.
2. O modelo de <i>plena cognitio</i> acelerada de alguns processos urgentes	980
3. O modelo de <i>summaria cognitio</i> de alguns processos urgentes	989
§ 3. A CONCRETIZAÇÃO DA COGNIÇÃO SUMÁRIA CAUTELAR E DA COGNIÇÃO SUMÁRIA NÃO CAUTELAR NO CONTENCIOSO ADMINIS- TRATIVO	1008
0. Introdução	1008
1. O julgamento da matéria de facto e o julgamento da matéria de direito nos processos sumários	1009
2. O julgamento da matéria de facto e o julgamento da matéria de direito nos processos cautelares	1012
3. O julgamento da matéria de facto e da matéria de direito nos processos previstos nos artigos 109.º, 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA	1023
BALANÇO	1027
TESES	1029
BIBLIOGRAFIA	1061
ÍNDICE	1111