

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

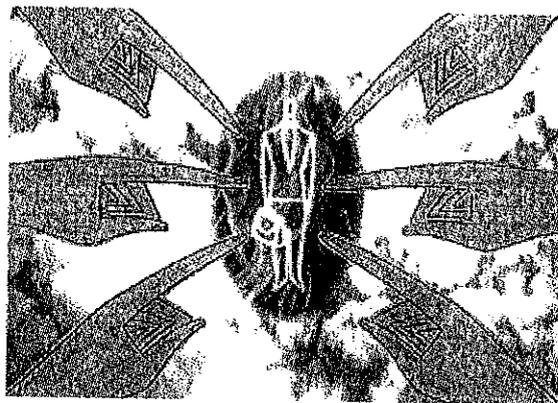
DOUTORAMENTO EM CIÊNCIAS HISTÓRICO-JURÍDICAS

DIREITO ADMINISTRATIVO

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR MARCELO REBELO DE SOUSA

ALUNO: LUIS FILIPE DE MELO E SILVA

**O LICENCIAMENTO
ENTRE A CONTRA-ORDENAÇÃO
E/OU A
INTIMAÇÃO
JUDICIAL
DA ADMINISTRAÇÃO**



2008

“Porque o que me preocupa é fazer com que o mundo faça sentido...”

William Mc Neill

SIGLAS E ABREVIATURAS

ACT	Acórdãos do Tribunal Constitucional
ADSTA	Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CA	Código Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27 424, de 31 de Dezembro de 1936, última alteração pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro)
CADA	Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos
CC	Código Civil (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966, última alteração pela Lei n.º 6/2006, de 23 de Fevereiro).
CCDR	Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional
CE	Conselho da Europa
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DLMA	Modernização Administrativa
DRARN	Direcção Regional do Ambiente e Recursos Naturais
ETAF	<i>Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais</i>
ICN	Instituto da Conservação da Natureza
INAG	Instituto da Água
IND	Instituto de navegabilidade do Douro
LA	Lei das Águas
LADA	Lei Do Acesso aos Documentos Administrativos
LBA	Lei de bases do Ambiente
LC	Lei Constitucional
LOSTA	Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo
LPTA	Lei de Processo nos Tribunais Administrativos
LTDH	Lei dos Terrenos do Domínio Hidrico
NRAU	Novo Regime do Arrendamento Urbano
RJOPA	Regime jurídico das Obras em Prédios Arrendados
RJUE	Regime Jurídico da Urbanização e Edificação
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RSTA	Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

Índice

Siglas e Abreviaturas

Nota prévia

PARTE I

- I. A figura do licenciamento por parte da administração**
 - I.I. Introdução
 - I.II. Natureza jurídica do licenciamento
 - I.II.I. O acto administrativo
 - I.II.II. A natureza jurídica do acto administrativo
 - I.II.III. O acto administrativo de licenciamento
 - I.III. Da falta involuntária de licenciamento à intimação
 - I.IV. Da falta voluntária de licenciamento à contra-ordenação

PARTE II

- II. A intimação no quadro geral do contencioso administrativo português**
 - II.I. Introdução
 - II.II. O momento que precedeu a reforma
 - II.III. O momento posterior à reforma
 - III. O Regime legal da intimação judicial**
 - III.I. Introdução
 - III.II. Caracterização geral
 - III.III. Caracterização especial
 - III.III.I. Introdução
 - III.III.II. Intimação para a prestação de informações ...
 - III.III.III. Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias
 - III.III.IV. Intimação para suprimento de notificação
 - III.III.V. Intimação para a prática de acto devido
 - III.III.VI. Intimação pelo Ministério Público

PARTE III

- IV. Conclusão** 97-103
- V. Bibliografia** 104-110

**“O LICENCIAMENTO
ENTRE A
CONTRA-ORDENAÇÃO
E/OU A
INTIMAÇÃO JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO”**

INTRODUÇÃO GERAL.

“É também ao direito Administrativo que pertence o tratamento jurídico de uma enorme variedade de matérias que, pela sua actualidade premente, enchem diariamente as primeiras páginas dos jornais: os licenciamentos polémicos ...”¹

Do título da presente investigação decorre, de forma imediata, o seu objecto: - **“O LICENCIAMENTO ENTRE A CONTRA-ORDENAÇÃO E/OU A INTIMAÇÃO JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO”**.

A tarefa não é fácil e por quatro motivos.

O primeiro porque onisciente, mas sempre omnipresente, manifesta-se no facto de *“o direito administrativo não é, e não pode ser, um direito como os outros; se estas palavras tivessem um sentido, dir-se-ia de bom grado que não é um direito jurídico, mas sim um direito político”*,² que perspectivado na esteira de R. Dworkin.³

O segundo motivo entronca na opção que fiz: verificar da viabilidade da aplicação deste instrumento de garantia graciosa e contenciosa, que é a *“intimação”*. à falta de licenciamento por parte da administração, convicto de actualmente não ser

¹ Sousa e Outro, Marcelo Rebelo de. *“Direito Administrativo Geral”*, Tomo I, 2.^a ed., Dom Quixote, Setembro de 2006, p. 33.

² Weil, Prosper. *“O Direito Administrativo”*, Almedina, 1977, p. 9.

³ Correia, Fernando Alves. *“Direito Constitucional”*, A Justiça Constitucional, Almedina, Junho 2001, p. 45.

aquela “*uma incógnita. É-o para aqueles que, na prática do Direito, encarem a hipótese do seu uso*”,⁴ pelo menos não uma incógnita tão grande como em 1995.

O terceiro prende-se com a amplitude do que se denomina “*licenciamento*”. Este assume diversas formas, toca as mais variadas relações jurídicas administrativas, cada vez mais multipolares, em sectores tão diferentes como, nomeadamente, os da administração da economia, dos direitos do urbanismo, do ambiente, ou mesmo da função pública, o que dificulta a sua apreensão global.

Quanto ao último, basta pensar que o direito processual administrativo contencioso não pode dissociar-se de três grandes realidades – a administração pública, o direito administrativo e a defesa do administrado.

Como iremos ver de seguida, a imbricação dos problemas é uma constante na realidade de que se curou e na sua consideração teórica. *O objecto* deste trabalho e a consideração das suas componentes parecem gerar uma “*forma mentis*” necessariamente inseparável da consideração conjunta de todas as implicações, derivações e relacionações. Impõe, portanto, um *método*.

Como postulado de base, o método seguirá uma interpretação, que se quer, exaustiva, compreensiva e inter-relacionadora dos problemas. Dentro e fora do Direito Administrativo, do Direito, do mundo do espírito, não se fugiu a nenhuma similitude, procurou-se qualquer fio relacional sugestivo ou relevante.

Depois, o método pode desdobrar-se em dois aspectos: o de investigação e, depois, o de exposição. Mais uma vez eles se imbricaram, na medida em que o trabalho foi sendo escrito e reescrito à medida que os estudos e as consultas prosseguiam. Na investigação utilizou-se muito o método descritivo, ou seja, procurou-se a resposta à hipótese através da verificação, cruzando-se as opções legislativa, doutrinária administrativa portuguesa e, reflexamente, internacional, bem como a jurisprudência, para sua confirmação ou infirmação, e, estando na exposição, pode dizer-se que houve uma certa componente exponencial na progressão dos conhecimentos, fazendo-se acompanhar os sucessivos estádios do que será tido por um gradual atingir da “*verdade*”.

Na I.^a parte investigarei a figura da “*intimação*”, a sua inserção legal ao longo das reformas legais, o seu carácter acessório a acção principal e de procedimento cautelar.

⁴ Sérvulo Correia, José Manuel. Prefácio in “*Intimação para um comportamento*”, citando Ricardo Leite Pinto, Edições Cosmos, Lisboa, 1995.

Na II.^a parte irei perscrutar a figura do “*licenciamento*”. Depois de um breve enquadramento deste fenómeno, simultaneamente gracioso e contencioso, irei abordar a natureza do seu acto, a forma externa que reveste.

Já a III Parte constitui uma proposta de síntese de conjugação e aplicação cruzada das duas figuras. Embora, evidentemente, nem a problemática nem a sistemática existam no estado puro em lugar algum.

Procurei não fazer cedências na terminologia técnica do Direito, sem a qual se perderia todo o rigor. Mas penso, e executo nas sentenças, que seria útil recorrer a inspirações de outras áreas do saber. Por isso aqui se citam autores pouco comuns nas obras jurídicas.

Embora se não tenha descurado a interdisciplinaridade, trata-se de um trabalho *jurídico* e feito na perspectiva de um jurista. Pelo que as realidades e contributos alheios são sopesadas e utilizadas na óptica interessada e com o fim confessado de utilização pelo universo mental do jurista.

Finalmente, este trabalho não decorre da necessidade de preencher um objecto de investigação em que o tema poder ser aliciante, mas, ao invés, visa servir de suporte às decisões a proferir em processos judiciais concretos no âmbito dos recursos de contra-ordenação.

Por fim, na síntese conclusiva, onde deixarei impressa a relatividade e a parcialidade do conhecimento adquirido, sobressairá, o que se deve, porém, expressamente referir é que há características próprias deste tipo de trabalho que geram algumas das suas alegáveis imprecisões e deficiências. No entanto, desde já se tem como adquirido, que o “*Direito assemelha-se a uma esfera: nunca podemos ter ao mesmo tempo a visão de toda a superfície da esfera*”.⁵

“*The last but not the least*”. Ao longo deste trabalho são citados e sufragadas posições de proeminentes professores-doutores e jurisconsultos. O tratamento pelos dois nomes pelos quais são mais conhecidos no meio académico/judiciário, não pretende de modo algum subestimar o seu valor ou questionar a sua importância mas, ao invés, ao citar, com a devida vénia, reconhecer a relevância do seu saber.

Mas esperando que o “*labor nunquam caret suo fructu*” (o trabalho nunca fica sem o seu fruto. Trabalha e terás, madrugada e verás).

⁵ Otero, Paulo, citando Gomes da Silva, in “*Direito Administrativo*”, Relatório, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, pág. 365.

PARTE PRIMEIRA

1. A FIGURA DO LICENCIAMENTO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO.

1.1 INTRODUÇÃO

*“O senso comum, que nunca nos engana quando a definição do nome procede de quem sabe fazer ou manejar o objecto nomeado, chama estrutura de um edificio ao que lhe dá forma sem contudo o tornar habitável”.*⁶

Não há governo que não diga que o papel da administração pública é relevante, justificando a afirmação com as *“funções que lhe estão cometidas, dela depende em grande medida o funcionamento da economia – v.g. (verbo gratia) ... o licenciamento das actividades mais diversificadas”*.⁷ Ninguém poderia estar mais em acordo.

Contudo, falar-se hoje de licenciamento por parte da administração é entrar numa verdadeira panóplia de procedimentos, em diversos sectores de actividade que, naturalmente, pela sua especificidade, não apresentam uma matriz única de processamento.

E, não negamos razão aos que vêem esta mentalidade e *“praxis”* administrativa sedimentadas, num hiato temporal longo, como se fossem uma e a mesma coisa, como ensina REBELO DE SOUSA *“no Estado absoluto, o poder público era considerado irresponsável pelos prejuízos que provocasse aos particulares (“the king can do no wrong”)*”. E fundamenta esta constatação, fazendo apelo ao *“iter”* histórico, uma que *“para tal enquadramento contribuíram diversos factores: a herança da noção romana de “potestas”, a fundamentação divina do poder, as concepções bodiniana (“la souveraineté n’est limitée, ni en puissance, ni en charge) e hobbesiana (princeps*

⁶ Monteiro, *“Adolfo Casais, Estrutura e autenticidade na teoria e na crítica literárias”*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, p. 111.

⁷ Correia, Fausto. *“Praça da República”*, DGAP, Outubro de 1998, p. 39.

legibus solutus) da soberania, bem como a imunidade de jurisdição da coroa (no direito britânico: teoria da non suability)".⁸

Face a esta situação caótica, nomeadamente, no sector do licenciamento comercial sentiu o legislador necessidade de no Preâmbulo do DL. 370/99, de 18 de Setembro, justificar-se "...existe falta de articulação entre a legislação relativa ao licenciamento municipal de obras e a citada legislação relativa ao licenciamento sanitário e das condições de segurança contra incêndios em estabelecimentos comerciais, o que obriga a uma duplicação de procedimentos, vistorias e licenças, com a consequente morosidade dos processos e, em alguns casos mesmo, à tomada de posições contraditórias por parte dos vários serviços da Administração que, sucessivamente, se vão pronunciando sobre os vários aspectos da instalação do estabelecimento". (sublinhado nosso)

E acrescenta "o presente diploma visa, assim, simplificar e tornar mais rápidos os procedimentos necessários ao licenciamento dos estabelecimentos comerciais que vendem produtos alimentares e, ainda, de alguns estabelecimentos de comércio não alimentar e de serviços que, pela sua natureza, possam envolver riscos para a saúde e segurança das pessoas. Assim, passa a haver um processo de licenciamento único, organizado pelas câmaras municipais nos termos do regime do licenciamento municipal de obras, e é no âmbito desse procedimento que se faz a verificação das condições a que os estabelecimentos têm de obedecer, quer se trate de requisitos técnicos quer se trate de condições sanitárias ou de segurança contra incêndios. Neste processo, há lugar à realização de uma única vistoria conjunta e é emitida uma única licença de utilização, que substitui a anterior licença sanitária e o certificado de conformidade emitido pelo Serviço Nacional de Bombeiros". (sublinhado nosso)

É neste enquadramento que encontramos, entre outros, o licenciamento industrial [(DL 69/2003 (após DL 183/2007), Dec. Reg. 8/2003 (após Dec.Reg. 61/2007), Portarias 464/2003, 583/2007 e 584/2007)], e o licenciamento comercial [(DL 259/2007 (DL 370/99 e Portarias 789, 790 e 791/2007), Lei 12/2004 e Portarias 518, 519, 520 e 620/2004, DL 462/99 (Cadastro Comercial), e a Portaria 33/2000)].

Numa breve incursão pelo licenciamento comercial, direi que, regra geral, o licenciamento dos prédios urbanos ou fracções autónomas para o exercício da actividade comercial é da competência das câmaras municipais, nos termos e ao abrigo,

⁸ Sousa e Outro (André Salgado de Matos), Marcelo Rebelo de. "Responsabilidade civil Administrativa", Tomo III, Dom Quixote, Maio de 2008, p. 12.

actualmente, do regime jurídico da urbanização e edificação, aprovado pelo DL 555/99, de 16/12, já alterado, nomeadamente, pelos DL. 177/2001, de 4/6 e DL. 60/2007, de 4/9. Assim, o comércio só deve/pode ser legalmente exercido em estabelecimento adequado e licenciado para o efeito, situação a comprovar pela respectiva Licença (*alvará*) de Utilização.

Para além deste, o legislador criou outros dois regimes especiais relativos à instalação e modificação de certos tipos de estabelecimentos de acordo com o tipo de actividade neles prosseguida (cujo funcionamento possa envolver riscos para a segurança e saúde das pessoas) ou a sua área de venda ou tipologia: - Os estabelecimentos de comércio ou armazenagem de produtos alimentares, bem como de comércio de produtos não alimentares e de prestação de serviços cujo funcionamento possa envolver riscos para a saúde e segurança das pessoas (*a definir por portaria, na sequência da publicação do DL 259/2007, mas que, ao abrigo do DL 370/99, eram, designadamente, os referidos no 2º parágrafo supra*); e os estabelecimentos de comércio a retalho e por grosso em livre serviço e os conjuntos comerciais que reúnam algumas características (Lei 12/2004, de 30/3): - Comércio a retalho: - área de venda não inferior a 500 m²; ou que pertençam a uma mesma empresa que utilize uma ou mais insígnias ou estejam integrados num grupo, que disponham a nível nacional de uma área de venda acumulada não inferior a 5000 m², independentemente da área de venda dos estabelecimentos; Comércio por grosso em livre serviço: - área de venda não inferior a 5000 m² ou que pertençam a uma mesma empresa que utilize uma ou mais insígnias ou estejam integrados num grupo, que disponham a nível nacional de uma área de venda acumulada não inferior a 30000 m², independentemente da área de venda dos estabelecimentos. Estando ainda previstos conjuntos comerciais com área bruta locável não inferior a 6000 m² e estabelecimentos de comércio integrados em conjuntos comerciais.

Utilizamos intencionalmente o licenciamento comercial como paradigmático das dificuldades dos administrados ou utentes de um serviço público para obterem o licenciamento da sua actividade económica, e isto apesar de ser um sector em que nas suas declarações de intenções, os poderes públicos reconhecem a situação e procuram colmatar falhas.

No entanto, a obrigatoriedade imposta pelo DL. n.º 370/99, hoje já revogado, de parecer prévio favorável de entidades externas para aprovação do projecto de instalação/operação urbanística, e os prazos aí determinados para aquelas entidades se

pronunciarem, implicam que o prazo para aprovação pelas câmaras municipais do projecto de arquitectura dos estabelecimentos que eram abrangidos por aquele diploma, *(mesmo que sujeitos, nos termos do Regime Jurídico da urbanização e Edificação (RJUE) estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho)*, e mesmo a comunicação prévia de obras isentas ou simplesmente a autorização de alteração de utilização seja o que decorreu do DL. 370/99, não sendo aplicáveis os prazos determinados pelo regime geral previsto no RJUE para qualquer dos procedimentos.

Se este era o cenário dos licenciamentos para o comércio, que constituiu um elemento dinamizador da actividade económica, igualmente se nota no licenciamento do urbanismo uma situação verdadeiramente confrangedora para quem procurava os serviços públicos, e após, para quem aguardava a tão necessária licença, ou as tão imprescindíveis licenças.

O reconhecimento desta situação foi feito em 27 de Abril de 2007, pelo governo através do primeiro-ministro, quando anunciou, na Assembleia da República, a intenção em descomplicar os processos de licenciamento urbano. Ao fazê-lo, manifestou a opção pela descentralização e deu um sinal inequívoco de confiança às autarquias locais. Valorizou o poder local democrático, responsabilizando-o e reconhecendo simultaneamente a eficiência da sua actuação ao longo dos últimos 32 anos.

No entanto, o reconhecimento era unânime de que o Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, respeitante aos regimes jurídicos do licenciamento municipal de loteamentos urbanos, das obras de urbanização e das obras particulares representou um passo importante na clarificação dos procedimentos que decorrem de uma concepção de coerência entre o momento de planeamento do território municipal e o momento da sua concretização. Tratando-se de legislação recente, ela resulta da procura de obter maior equilíbrio e transparência para as regras do licenciamento municipal.

Porém, reconhece-se que os problemas e dificuldades relativos ao regime de licenciamento urbano tem realçado a necessidade de agilizar os procedimentos relativos à aprovação de pedidos de licenciamento. Não deixando de ser um problema real, particularmente no que diz respeito à eficiência dos serviços camarários em resposta às solicitações dos particulares, a extensão temporal para o processo de apreciação não pode ser usado como pretexto para prescindir de regras de precaução em relação ao cumprimento dos regulamentos de edificações.

Tem-se vindo a sentir a necessidade da distinção de procedimentos em relação às pequenas obras, das quais resulta um reduzido impacto urbanístico e em relação às quais é possível e admissível simplificar procedimentos. Este processo simplificador ganharia tanta mais importância quanto a urgência em melhorar a *eco-eficiência* dos imóveis implica a necessidade de introduzir alterações que, não tendo um impacto relevante sobre o edificado, não precisa de avolumar processos nos gabinetes de urbanismo das câmaras municipais. No entanto, isso não evita a distinção em relação ao licenciamento de operações de loteamento e urbanização, cuja aprovação tem que ser condicionada à existência de planos de pormenor eficazes.

Impõem-se hoje duas obrigações no plano jurídico: a necessidade de melhorar os instrumentos de planeamento do território, clarificando a função dos planos directores municipais enquanto instrumentos de programação e ordenamento à escala do município e a função dos planos de pormenor enquanto instrumentos à escala da parcela territorial, ganhando uma maior dinâmica para a iniciativa pública.

É na abordagem a esta problemática, no segmento específico das obras em prédios arrendados, que Menezes Leitão já alertava que o “*o novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU) aprovado pela Lei 6/2006, de 27 de Fevereiro implicou importantes alterações (...) e que diz respeito ao novo regime das obras. Este regime passou a adquirir uma complexidade muito grande, na medida em que existe um regime geral da locação civil, que vem a ser de certa forma derogado pelo NRAU, constando, no entanto, o cerne da matéria de um diploma regulamentar, o Regime Jurídico das Obras em Prédios Arrendados (RJOPA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 157/2006, de 8 de Agosto*”.⁹

Ora, conforme já foi salientado, em 3 de Março, entrou em vigor a Lei n.º 60/2007, de 04-09, que procedeu à sexta alteração ao Decreto-Lei n.º 555/99, estabelecendo o novo regime jurídico da urbanização e edificação.

A principal inovação do novo regime foi a de reduzir este quadro para apenas dois grandes procedimentos na matéria: a Licença e a Comunicação prévia, desaparecendo a figura da Autorização.¹⁰ No entanto esta afirmação tem que ser

⁹ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. O novo regime das obras em prédios arrendados in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão.

¹⁰ Nos termos do preâmbulo do *Decreto-Lei n.º 555/99*, na versão inicial, a distinção entre os procedimentos de autorização e de licença assentava, para além da diferente densidade de planeamento vigente na área de realização da operação urbanística, também no tipo de operação a realizar. Tal como af se afirma, “*na base destes dois critérios está a consideração de que a intensidade de controlo que a Administração municipal realiza preventivamente pode e deve variar em função do grau de concretização da posição subjectiva do particular perante determinada pretensão. Assim, quando os parâmetros urbanísticos de*

entendida com relatividade, residualmente pois o seu art.º 4.º n.º 4 estatui que “está sujeita a autorização a utilização dos edifícios...”.

Efectivamente, na anterior redacção distinguiam-se dois tipos de actos de controlo preventivo das obras de construção civil: por um lado, *a autorização administrativa*, que incidia sobre as obras de edificação realizadas em áreas abrangidas por alvará de loteamento, plano de pormenor ou áreas urbanas consolidadas identificadas em plano municipal de ordenamento do território para as quais não era necessária a fixação de novos parâmetros urbanísticos (alínea c) do n.º 3 do artigo 4.º), por outro lado, *a licença administrativa*, que incidia sobre as edificações a realizar em áreas não abrangidas por alvará de loteamento, plano de pormenor ou obras relativas a edifícios classificados, em vias de classificação, em zonas de protecção de imóveis classificados ou em vias de classificação ou sujeitas a servidão administrativa ou restrição de utilidade pública (alíneas c) e d) do n.º 2 do artigo 4.º).

No que nos interessa, ficaram sujeitas a licença as operações urbanísticas que seguem este regime, ou modelo de controlo prévio, e que passam a ser: - *As operações de loteamento; As obras de urbanização e os trabalhos de remodelação de terrenos em área não abrangida por operação de loteamento; As obras de construção, de alteração e de ampliação em área não abrangida por operação de loteamento; As obras de reconstrução, ampliação, alteração, conservação ou demolição de imóveis classificados ou em vias de classificação e as obras de construção, reconstrução, ampliação, alteração, conservação ou demolição de imóveis situados em zonas de protecção de imóveis classificados, bem como dos imóveis integrados em conjuntos ou sítios classificados, ou em áreas sujeitas a servidão administrativa ou restrição de utilidade pública; As obras de reconstrução sem preservação das fachadas; As obras de demolição das edificações que não se encontrem previstas em licença de obras de reconstrução; E as demais operações urbanísticas que não estejam isentas de licença.*

Este novo regime traduz o reconhecimento pelo governo de que “o Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 Dezembro, respeitante ao regime jurídico do licenciamento municipal das operações de loteamento, das obras de urbanização e das obras particulares, não foi capaz de introduzir a simplificação, celeridade e rigor adequados ao licenciamento, evidenciando diversas dificuldades originadas no desadequado controlo administrativo,

uma pretensão se encontram definidos em plano ou anterior acto da Administração, ou quando a mesma tenha escassa ou nenhuma relevância urbanística, o tradicional procedimento de licenciamento é substituído por um procedimento simplificado de autorização ou por um procedimento de mera comunicação prévia.

por vezes redundante, na falta de coordenação entre as entidades intervenientes e na total ausência de recurso às tecnologias da informação hoje vulgarizadas.

Assim, decorridos cinco anos desde alteração introduzida ao regime jurídico da edificação e urbanização, operada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, urge introduzir alterações que visam a eliminação de entraves injustificados ao cidadão e à agilização dos procedimentos, alterações que se inserem no contexto mais vasto do Programa de Simplificação Administrativa e Legislativa ‘Simplex’. (sublinhados nossos).

Fica a nostálgica constatação de um “*dejá vu*”, nomeadamente, no já citado Preâmbulo do DL. 370/99, de 18 de Setembro.

No entanto e desta forma, a licença de construção exclui apenas a ilicitude da actividade de construção dos particulares do ponto de vista do direito do urbanismo e do direito das edificações urbanas mas não exclui a ilicitude no campo do direito civil. Assim, não obstante a *emanação de uma licença de construção válida, ou seja, jurídico-urbanisticamente lícita*, ela continua a ser susceptível de suportar em todos os casos “*a actio negatória*” de terceiros e acções de responsabilidade extracontratual por actos ilícitos contra o titular da licença, não podendo ser invocada para excluir a responsabilidade civil, penal e contra-ordenacional deste.

Para além do exposto, em termos de licenciamento na área da economia, a obrigatoriedade do licenciamento, sucede, por exemplo, aquando da utilização do domínio público pelos particulares. Existe um direito de uso e circulação geral em todo o espaço público, seja ele terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou seja, um direito ao uso comum ordinário de um bem público. Porém, quando esse uso comum é extraordinário, acessório (da utilização predominante) ou diverso do normal para o qual o bem público está adstrito, o utilizador carece de uma autorização para exercer o seu direito de uso desse bem público. Nestes casos haverá uma utilização diferente em quantidade ou intensidade. A autorização limita-se a verificar que o uso extraordinário ou acessório não prejudicará naquele caso as utilizações ordinárias, normais ou predominantes do bem público.

A fruição, uso e transformação da propriedade privada por alguém é outra situação em que poderá haver necessidade de uma autorização ou licença estadual. A propriedade é um direito e, em princípio, pode-se usar esse direito sem limitações. Contudo, para se exerçam determinadas actividades na propriedade ou para aí se instalar uma edificação, é necessária uma intervenção administrativa. Esta vai aferir se a acção

que se pretende exercer na propriedade privada não colide com o interesse público prevalecente em relação ao interesse particular. Nos casos em que o poder público já pré-definiu qual o âmbito de actuação dos particulares, estes exercerão o seu direito mediante uma autorização. Nas situações em que ainda não existe uma pré-definição estadual, o particular carece de uma licença para poder agir.

Conforme venho dizendo, a autorização limita-se a admitir o exercício de um direito num determinado momento e perante determinadas circunstâncias. Ora, e este é o "*punctum saliens*" precisamente porque se trata de um direito, não se pode ficar dependente da actuação do órgão administrativo competente para proferir a autorização. Deste modo, o n.º 1 do art.º 108.º do CPA estabelece que, se a decisão não for proferida no prazo estabelecido na lei, produz-se deferimento tácito da pretensão do particular, nos casos previstos no n.º 3 do mesmo artigo, assim como noutros em que especialmente tal esteja previsto. Quando a lei não fixar prazo especial, considera-se o prazo de noventa dias para o deferimento tácito (art.º 108.º, n.º 2).

A licença é igualmente um acto administrativo, como iremos constatar, que permite ao cidadão o exercício de certa conduta ou actividade. A diferença é que a acção que o particular pretende desenvolver não corresponde a um direito. Embora não seja um direito, isso não significa que essa actuação seja de todo proibida ou completamente impedida ao particular de a exercer. Assim, a licença permite a alguém a prática de um acto ou o exercício de uma actividade relativamente proibidos. Diz-se *relativa a proibição* quando a lei admite que a actividade proibida seja exercida nos casos ou pelas pessoas que a Administração permita. Aqui, portanto, o administrado não tem direitos, visto que em princípio a actividade é proibida: mas a Administração pode conferir o poder de exercê-la, mediante *licença*.

A licença pode ser pessoal ou impessoal. São *pessoais* quando, para a sua concessão, se atende às qualidades ou requisitos individuais do beneficiário. Será o caso das actividades que para serem exercidas dependam, por exemplo, da perícia ou de conhecimentos específicos do interessado. As licenças pessoais caducam quando alguns dos requisitos exigidos para a sua concessão deixem de existir ou por morte do titular, sua interdição ou perda de direitos políticos. São *impessoais* quando as circunstâncias a atender são independentes das qualidades e comportamento de uma pessoa determinada, mas dependente de certas condições que a lei estabelece ou do direito de quem concede a licença. A licença pode ainda ser obrigatória ou facultativa. No primeiro caso, a administração está obrigada a concedê-la a quem a requeira e mostre reunir as

condições exigidas na lei. No segundo, existe um poder discricionário de apreciação casuístico da autoridade, segundo o critério do melhor preenchimento do fim legal.

As licenças podem ainda ser *simples ou condicionadas*: neste caso implicam o cumprimento de certas obrigações, ou a prestação de uma caução; no primeiro, não.

Podem ainda as licenças ser *permanentes ou temporárias*. As licenças permanentes são concedidas sem limitação de tempo, as temporárias por prazo fixo. Em regra são revogáveis a todo o tempo pela autoridade que as concedeu desde que se verifique perturbação causada pela actividade permitida.

São igualmente licenças as chamadas permissões de uso privativo do domínio público, em que o interessado apenas utiliza o bem público, mas não tem a sua exploração ou gestão. Aqui a licença é o título jurídico individual precário que permite a utilização do domínio público, o seu mero uso, não confere poderes de autoridade. O uso privativo do domínio público pode ser de duas espécies: de aproveitamento imediato e de aproveitamento mediato, ou para instalação de serviços. No primeiro caso o bem público é, no todo ou em parte, afectado ao exclusivo proveito imediato do utilizador. No segundo, o titular da licença faz um aproveitamento da coisa pública para instalação e funcionamento de um serviço público que não constitui o motivo principal da sua utilidade pública.

A competência para conferir a licença, neste caso de uso privativo do domínio público, é da entidade proprietária da coisa pública ou daquele a quem estiver confiada a sua gestão.

O impulso para a atribuição da licença tem de ser dado pelo interessado. Se a Administração não emitir decisão sobre o pedido de licença, considera-se esta indeferida tacitamente como qualquer acto administrativo (*art.º 109º do CPA*).

Temos assim, que as concessões do uso privativo do domínio público podem ser titulas por duas formas: - Através de uma licença, que pode ser de natureza policial, com carácter precário e de discricionariedade, a todo o tempo revogável por acto de autoridade, sem direito a indemnização do particular. Ou através de um contrato a celebrar após a realização de concurso público e preenchimento das formalidades legais (*art.º 178.º n.º 2, al. e) do CPA*). Este último regime encontra-se, por exemplo, na LA (*DL. 58/2005, de 29/12*), previsto no art.º 68.º n.º 1 “*a concessão de utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público é atribuída nos termos de contrato a celebrar entre a administração e o concessionário*”.

Quanto aos recursos hídricos a pressão sempre crescente a que estão sujeitos e a rápida deterioração da qualidade da água resultante do desenvolvimento industrial do pós-guerra levaram a que, há algumas décadas, os países mais desenvolvidos da Europa criassem estruturas capazes de garantir que a utilização da água passasse pela obrigatoriedade de manter este recurso em condições aceitáveis de reutilização, numa óptica de preservação e conservação do ambiente.

De facto, a solução encontrada em todos os países europeus quanto ao sistema institucional de gestão de recursos hídricos assenta numa filosofia da água encarada como factor de produção e como recurso estruturante de desenvolvimento, pelo que o seu planeamento e gestão deve ser orientado numa perspectiva de racionalidade económica, enquadrada pela necessidade de garantia de uma disponibilidade adequada, quer de quantidade, quer de qualidade, conforme Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 70/90, de 02 de Março, diploma que definia o regime de bens do domínio público hídrico do Estado.

O domínio hídrico é um conjunto de bens que, pela sua natureza, a lei submete a um regime de carácter especial. Integram este conjunto de bens as águas, doces ou salgadas e superficiais ou subterrâneas, e os terrenos que constituem os leitos das águas do mar e das correntes de água, dos lagos e lagoas, bem como as respectivas margens e zonas adjacentes, sujeitos, respectivamente, ao disposto nos seguintes diplomas legais: - Decreto n.º 5787/III, de 10 de Maio de 1919 (*Lei das Águas*) – que regulou o uso das águas. Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro (*Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico*) e legislação complementar – que procedeu à revisão, actualização e unificação do regime jurídico dos terrenos do domínio hídrico (*em tudo quanto não seja regulado por leis especiais ou convenções internacionais*).

Em função da natureza jurídica que está subjacente aos bens que o compõem, o domínio hídrico subdivide-se em domínio público hídrico e domínio hídrico pertença de particulares.

O domínio hídrico, quer na sua componente pública quer na que pertence aos particulares, está sempre, nos termos da lei, sob jurisdição de uma entidade pública, vulgarmente designada por entidade administrante do domínio hídrico.

Em razão das funções que lhes estão cometidas, tais entidades poderão ser e são no efectivamente diferentes, em tudo constantes dos diferentes diplomas legais, nomeadamente o Instituto da Água (*INAG*), as entidades portuárias, o Instituto de Navegabilidade do Douro (*IND*), as ex-Direcções Regionais do Ambiente e do

Ordenamento do Território, actuais Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDR), o Instituto da Conservação da Natureza (ICN), que exerce as competências do INAG, nas áreas do domínio (público) marítimo transferidas para a jurisdição do INAG pelo Decreto-Lei n.º 201/92 de 29 de Setembro e que se encontrem classificadas como áreas protegidas.

Ainda quanto às águas, o DL 46/94, de 22/2, entretanto revogado, referia que a utilização privativa do domínio hídrico é titulada por licença ou por contrato de concessão. Em relação ao que nos interessa (a licença), esta é conferida a título precário, pelos prazos máximos de 10 ou 35 anos, conforme o uso licenciado, estando sujeita a inquérito público a atribuição por prazo superior a 10 anos. A licença era emitida pelas respectivas Direcções Regionais do Ambiente e Recursos Naturais - DRARN - (artigos 5.º e 6.º). No caso de a ocupação a licenciar se situar dentro de uma Área Protegida, é competente para atribuição da licença o Instituto de Conservação da Natureza (art.º 19.º do DL 218/94, de 20/8). As licenças eram transmissíveis mediante autorização da DRARN, desde que se mantenham os requisitos técnicos que presidiram à sua atribuição (art.º 13.º). A licença caducava findo o seu prazo ou por morte ou extinção do licenciado (art.º 14.º).

Uma palavra ainda quanto ao regime jurídico de gestão de resíduos que foi pela primeira vez aprovado em Portugal por meio do Decreto-Lei n.º 488/85, de 25 de Novembro. A evolução rápida do direito comunitário - com a alteração da Directiva n.º 75/442/CEE, do Conselho, de 15 de Julho, pela Directiva n.º 91/156/CEE, do Conselho, de 18 de Março, e a aprovação da Directiva n.º 91/689/CEE, do Conselho, de 12 de Dezembro - determinaria a revogação daquele diploma pelo Decreto-Lei n.º 310/95, de 20 de Novembro, e, mais tarde, a revogação deste pelo Decreto-Lei n.º 239/97, de 9 de Setembro, actualmente em vigor.

O panorama do sector dos resíduos sofreu ainda outras transformações desde a aprovação do Decreto-Lei n.º 239/97, de 9 de Setembro.

O Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de Setembro, aprova o novo regime geral de gestão de resíduos e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/12/CE, de 5 de Abril, e a Directiva n.º 91/689/CEE, de 12 de Dezembro.

Com a entrada em vigor do presente diploma procedeu-se igualmente à regulamentação do licenciamento das operações de gestão de resíduos.

A obrigatoriedade de obtenção de licença, conforme já visto, não é nova no Direito Português, pelo contrário goza de grande tradição institucional e jurídica e de

inequívoca consagração na Lei de Bases do Ambiente - Lei n.º 11/87, de 7 de Abril, em particular nos seus artigos 11.º e 24.º.

O licenciamento da captação de águas e da descarga de águas residuais na água e no solo e o conseqüente recurso aos conceitos de licenças e concessões permite à administração munir-se de instrumentos que lhe possibilite gerir e disciplinar a gestão daqueles recursos naturais.

Pretende-se assim, assegurar que as referidas captação e descarga só venham a ser efectuadas em moldes e locais pré-determinados e de acordo com condições definidas pela Administração, permitindo, deste modo, a utilização racional destes componentes ambientais naturais, bem como a defesa e preservação da qualidade dos mesmos.

Este poder-dever concedido à administração para licenciar a utilização destes recursos permite, ainda, tomar em consideração as condições especiais do meio receptor, impondo em consequência a satisfação dos parâmetros de captação e descarga mais adequados relativamente a cada caso concreto.

Por outro lado, a actividade licenciadora permite impedir o acesso ao exercício de actividades poluentes àqueles que não se conformem com os condicionalismos que lhes forem impostos ou que os violem, garantindo deste modo, não só, a preservação da qualidade do ambiente, mas também a aplicação de um princípio fundamental do Direito do Ambiente - o princípio da responsabilidade ou do poluidor pagador (*art. 27.º da Lei de Bases do Ambiente*).

Cotejando o regime jurídico do exercício de diversas actividades sujeitas a licenciamento, verifica-se que o não cumprimento ou o cumprimento indevido das exigências, condições e formalidades a que fica sujeito o exercício da actividade licenciada, são objecto de previsão, também, em sede de ilícito de mera ordenação social.⁷⁴

A lei confere às autoridades administrativas competentes para o acto de licenciamento, de acordo com a regra da unidade da competência das contra-

⁷⁴ Caetano, Marcelo. "*Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*", Almedina, Coimbra, 1996, página 279, estabelece a seguinte distinção: "É preciso não confundir a licença policial com a licença fiscal. Esta constitui um processo de cobrança do imposto ou de uma taxa. A licença policial, mesmo quando motiva o pagamento de emolumentos ou taxas, resulta da verificação, pelas autoridades competentes, de que certa actividade proibida ou condicionada pode ser exercida em tal caso concreto e por tal pessoa, sem inconveniente ou risco para os interesses que se pretende acautelar. Deste modo, a licença policial só é concedida quando se verifique não provirem dela inconvenientes para a ordem pública; a licença fiscal é dada a todos os que satisfaçam imposto e fica sendo, por natureza, irrevogável durante o período a que o mesmo imposto respeite

ordenações, ⁷⁵ a competência para instaurar os respectivos processos contra-ordenacionais, para a sua instrução, para aplicar as correspondentes sanções e, confere ainda à mesma entidade, competência para a necessária fiscalização. Frequentemente, o legislador comete, em simultâneo, competência fiscalizadora a outras autoridades administrativas e às autoridades policiais, ou ressalva expressamente o exercício das competências próprias destas autoridades.

Em sede de ilícito de mera ordenação social, a lei incumbe a fiscalização das condutas tipificadas às autoridades às quais compete acautelar os bens jurídicos protegidos pelas respectivas normas sancionatórias. Sendo comum o legislador atribuir competência a diversas entidades, o critério de delimitação do exercício dessas competências há-de decorrer do bem jurídico ou do interesse que esteja em causa, perfilando-se, em cada caso, a competência específica da entidade em cuja esfera de atribuições melhor se inserir a sua protecção. ⁷⁶

O direito das contra-ordenações desenvolveu-se, entre nós, na sequência da Reforma Penal iniciada em 1982, sendo inspirado no modelo alemão das "*ordnungswidrigkeiten*".

Com este ordenamento dotou-se a administração pública de um instrumento sancionatório que lhe permite reagir com eficácia às obstruções ao normal desempenho das suas actividades. Além disso, abriu-se caminho à saída do âmbito do direito penal de condutas sem dignidade suficiente para o integrar.

Reservava-se assim o direito penal para a tutela dos fundamentos da vida colectiva, dignificando-se este ramo do Direito e redefiniam-se o espaço de intervenção dos tribunais. O direito das contra-ordenações surgiu, deste modo, como produto de um movimento através do qual se pretende restringir o âmbito de intervenção do direito penal, identificando-o como "*ultima ratio*" de qualquer política social, e enquadra-se na política de descriminalização que caracterizou as Reformas Penais de 1982, 1995 e 2007.

Pela elasticidade dos tipos que o integram, pela força das sanções acessórias que consagra, e pela imediação que a administração tem relativamente às actividades onde ocorrem os factos ilícitos, o que lhe permite uma eficácia de intervenção considerável, o

⁷⁵ Parecer do Conselho Consultivo da PGR., n.º 186/2001, de 20 de Março de 2002, publicado no Diário da República, II Série, n.º 53, de 4 de Março de 2003

⁷⁶ Queiró, Afonso. "*Competência*", Dicionário Jurídico da Administração Pública, Coimbra Editora, volume II, 1990, página 534.

direito das contra-ordenações depressa se tornou um dos instrumentos essenciais na consolidação da defesa do ambiente.

Assim se entende que o direito das contra-ordenações enquadre praticamente todas as actividades relacionadas com o ambiente, acompanhando a crescente intervenção da administração nesta área.

Conforme a doutrina tem sustentado, o “*direito de mera ordenação social (...) vem referindo a categoria conceitual do ilícito que define (a contra-ordenação) pela nula ou duvidosa relevância ética das condutas que proíbe, pela aplicação das sanções por agentes administrativos e, como índice formal de delimitação, pela natureza da respectiva sanção, que constitui uma mera advertência pecuniária (nalguns casos com sanções acessórias) da qual está ausente qualquer ideia de censura de natureza penal, e de cariz ético-social*”.⁷⁷

A atribuída “*fé em juízo*” do auto de notícia só pretendia significar um especial valor probatório, de modo algum definitivo, mas apenas “*prima facie*”, valendo exclusivamente em relação aos puros factos presenciados pela autoridade pública, não sendo extensível aos juízos de ilicitude e da culpa.⁷⁸

Embora, em primeira aparência, não resulte claro, convirá vincar que, no processo de contra-ordenação, vigoram também os princípios estruturais do direito processual penal, ou seja, o princípio da legalidade, o princípio do acusatório, o princípio do contraditório, o princípio da vinculação temática do tribunal e, dentro deste, o princípio da investigação da verdade material.

A decisão administrativa, quando impugnada, converte-se em acusação, passando o processo a assumir uma natureza judicial (art.º n.º 62.º n.º1 do DL. 433/82, de 27.10).

A matéria de facto constante de tal “*acusação*” constitui, pois, o «*thema decidendum*», o objecto processual sobre o qual o Tribunal poderá pronunciar-se, julgando-o. O Tribunal só poderá lançar mão de outros factos constantes do processo para beneficiar o arguido/recorrente, não o podendo condenar por factos diversos dos constantes do auto de notícia, nem por infracção diversa tuteladora de outros bens jurídicos mesmo que baseada nos factos insertos no auto de notícia.

⁷⁷ Pareceres do Conselho Consultivo da PGR, n.ºs 134/85 de 16 de Julho de 1997, não publicado 25/94, de 12/1/1995, não publicado e 19/2001, de 22 /11/2001, publicado no Diário da República, II Série, de 8/2/2002.

⁷⁸ Ac. TC de 29/3/99, BMJ 359, pág. 609; Sousa e Castro, “*Tramitação do Processo Penal*”, 1983, pág.142 a 150.

Esta incursão pelo regime geral das contra-ordenações, tem por finalidade enquadrar a doutrina com as soluções legislativas em sede do direito do ambiente, no que, nomeadamente, ao regime das águas diz directamente respeito.

Voltemos aos quatro exemplos expostos, nas áreas do comércio, do urbanismo, e das águas.

Assim, se um comerciante para a venda de peixe congelado, não possuísse o alvará de licença previsto na Portaria n.º 6065, de 30 de Março de 1929, ou sem a autorização de funcionamento para a venda de peixe congelado, de acordo com o disposto no art. 27º, n.º 1 al. a) do Dec. Lei 370/99, de 18 de Setembro, *constituía contra-ordenação, e nos termos do n.º 2 e era punível com coima*”.⁷⁹

Se, fosse realizada uma operação urbanística de construção de um muro de vedação, numa simples casa de morada de família, sem previamente ter obtido o necessário alvará de autorização, pela prática da contra-ordenação prevista na al. a) do n.º 1 do art.º 98º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 04 de Junho, e no DL. 60/2007, de 4 de Setembro, caberia uma coima.

Noutra situação, se caso ocorresse uma infracção ao disposto nos art.ºs 36.º a 40.º do Decreto-Lei n.º 46/94, de 22.02, ou seja, porquanto não terá sido requerida licença de rejeição de águas residuais, sendo que esta licença de rejeição só pode ser a licença de utilização do domínio hídrico prevista na alínea b) do n.º 1 do art.º 3.º do referido Decreto-Lei n.º 46/94, e melhor regulada nos art.ºs 36.º a 40.º desse diploma, domínio hídrico esse sob jurisdição do Instituto da Água (INAG), à infracção constituiria, nos termos da alínea v) do n.º 1 do art.º 86.º do referido diploma, uma contra-ordenação punida com a coima.

Finalmente, se alguém procedesse à construção de uma passagem hidráulica do dentro da faixa de jurisdição do domínio hídrico, ou a construções na faixa de jurisdição do domínio hídrico, sem a respectiva licença é uma contra-ordenação prevista no art.º 86º n.º 1 al. b) do Dec. Lei n.º 46/94 de 22 de Fevereiro, e no n.º 2.

⁷⁹ Hoje o DL. 259/2007, de 17/06, aprova o regime de declaração prévia a que estão sujeitos os estabelecimentos de comércio de produtos alimentares e alguns estabelecimentos de comércio não alimentar e de prestação de serviços que podem envolver riscos para a saúde e segurança das pessoas e revoga o Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, e as Portarias n.ºs 33/2000, de 28 de Janeiro, e 1061/2000, de 31 de Outubro.

Se ocorressem estas contra-ordenações, em princípio, os infractores seriam responsáveis pelo pagamento da coima. E digo em princípio porque precisamente não é isso que acontece a final, no que diz respeito à falta de licença no domínio hídrico.

Ou seja, ao contrário do que aconteceu com o DL. 259/2007, de 17/06, ou com o DL. 60/2007, de 4/9, com a entrada efectiva em vigor do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, sem necessidade de recurso a normas de “*vacatio legis*”, por expressamente se referir a data do seu termo inicial 01 de Junho de 2007 - , é expressamente revogado o Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro, por força das disposições conjugadas do artigo 98.º n.º 2 al. c) e artigo 102.º n.º 1 e 2 da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro.

Estatuí o artigo 89.º, quanto a situações existentes não tituladas, no n.º “1 - *Os utilizadores de recursos hídricos que à data da entrada em vigor do presente decreto-lei não disponham de título que permita essa utilização, devem, apresentar à autoridade competente, no prazo de dois anos, um requerimento*” (...). E no n.º 6 “*Os utilizadores que apresentem o requerimento no prazo referido no n.º 1 ficam isentos de aplicação de coima pela utilização não titulada até à emissão do respectivo título*”.

De forma expressa, sem recurso a qualquer tipo de raciocínio jurídico tautológico, resulta do atrás transcrito que o legislador consagrou para toda e qualquer situação existente não titulada (*o legislador não distinguiu as diferentes possibilidades que efectivamente resultam de situações existentes não tituladas, não compete como tal ao intérprete fazê-lo*) uma suspensão “*ab initio*” de aplicação sancionatória pecuniária do diploma, suspensão com termo final estabelecido e definido legalmente, durante o qual os utilizadores devem diligenciar pela emissão do necessário título (no cumprimento do estipulado legalmente nada impede que os utilizadores recorram à competente entidade administrativa até ao último dia do prazo estabelecido), não lhes podendo ser aplicada coima pela utilização não titulada dos recursos hídricos (tal consagração no mais puro dos princípios de raciocínio não impede, de facto, a instauração de processos de natureza contra-ordenacional, não poderá é ser aplicada coima àqueles utilizadores).

No entanto, e por estarmos perante uma sucessão de leis no tempo, SIMAS SANTOS sustenta que “*sucedendo-se leis no tempo há que determinar qual delas deve ser aplicada ao caso concreto. (...) No domínio do Código Penal de 1886 mandava-se aplicar a pena mais leve (artigo 6.º, excepção 2.ª) e no Código Penal de 1982 determina-se a aplicação do regime que concretamente (...) se mostrar mais favorável*

ao agente (art. 2.º n.º 4). (...) *Tratando-se de regime concretamente mais favorável isso significa que se torna necessário fazer separadamente os dois ou mais cálculos das sanções aplicáveis (face a todas as leis que se sucederam no tempo), escolhendo-se e determinando a medida da sanção a aplicar em concreto com cada uma das leis em presença e que se atenda não só à sanção mas também as regime globalmente aplicável. Isto tem como consequência que não podem ser misturados ou combinados os dispositivos mais favoráveis de cada uma das leis concorrentes, sob pena de o aplicador do direito se arvorar em legislador, formando, no seu hibridismo, uma terceira lei dissonante de qualquer das leis em jogo.*

Mas quando é que se pode afirmar que a lei posterior se apresenta como mais favorável que a lei anterior? Parece dever entender-se que isso acontece, quando, nomeadamente: (...) se instituem benefícios (no sentido da eliminação, suspensão “ab initio” ou interrupção da execução da sanção) desconhecidos na lei pretérita, ou se facilita a sua obtenção; (...).”

Assim, e em derradeira conclusão, resulta de uma mera interpretação literal que com a entrada em vigor do DL. nº 226-A/2007, de 31 de Maio, diploma que veio, também, regulamentar a Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro,⁸⁰ foi previsto um regime concretamente mais favorável no que concerne ao agente que não disponha da necessária licença de utilização do domínio hídrico, pelo que, e conhecendo o legislador esta realidade, foi determinado que estes agentes usufruiriam de um determinado período de tempo para diligenciar pela emissão de título bastante.

Ao revogar o DL. nº 46/94, de 22 de Fevereiro, por força das disposições conjugadas do artigo 98º nº 2 al. c) e artigo 102º nº 1 e 2 da Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro, do referido diploma de 2007 resulta de forma expressa do disposto no artigo 89.º uma suspensão “*ab initio*” de aplicação sancionatória pecuniária no que concerne aos utilizadores de recursos hídricos não titulados, ou seja daqueles que não têm a respectiva licença.

Tal preceito corresponde em termos legais, jurisprudenciais e doutrinários ao definido como lei ou regime mais favorável, pelo que a sua aplicação é imperativa.⁸¹

⁸⁰ Rocha, Isabel e Outro (Duarte Filipe Vieira). “*Água, Legislação, contencioso, contra-ordenação e jurisprudência*”, 3.ª ed., actualizada, Porto Editora, 2006, p. 591: - “*As contra-ordenações previstas na legislação relativa à água, traduzem-se na aplicação de coimas (sanções pecuniárias) e sanções acessórias por parte da Administração Pública*”.

⁸¹ Ac. STJ., 7 de Dezembro de 1995, CJ de Acórdãos do STJ., 1995, 3, 147.

Ainda que efectivamente, por ora, não haja lugar à aplicação de coima aos utilizadores não titulados de recursos hídricos, nenhuma norma impede a instauração de processos pela imputação da falta de título para destinatários.

Poderá aplicar-se, então, uma pena não pecuniária ? Estando arredada das contra-ordenações a pena de prisão, aplica-se residualmente uma pena de admoestação ?

Não concordo com uma solução destas. A pena de admoestação está prevista no artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 433/82 para os casos em que a reduzida gravidade da infracção e da culpa do agente a justifique. A medida tem, assim, como pressupostos que, em concreto, se verifique uma diminuição da gravidade da contra-ordenação e da culpa do agente, a aferir por referência a um padrão médio da gravidade da contra-ordenação e da culpa do agente, de modo tal que, no caso concreto, a imagem global da gravidade da contra-ordenação e da culpa do agente se apresente sensivelmente inferior ao que é comum.

Será que a falta de licença dos utilizadores do domínio hídrico, poderá configurar situações de “*diminuição da gravidade da contra-ordenação*” ? Sabendo-se os tipos de intervenções de aí ocorrem ?

A questão que legitimamente se coloca é, quanto aos administrados, também, sem licença, inseridos nas mais diversas áreas, mas que obrigatoriamente deveriam tê-la requerido e estão em contra-ordenação. Haverá aqui violação do art.º 13.º da CRP ? Poderiam estes intimar a administração a um tratamento unitário (quanto à falta de licenciamento) e igualitário (quanto ao sujeito infractor), ao abrigo do art.º 109.º do CPTA ?

Não se justificaria em estudo da natureza deste analisar a problemática teórica e filosófico-jurídica da igualdade – das mais complexas, árduas e inesgotáveis que se suscitam.

Direi que na sua dimensão material ou substancial, o princípio constitucional da igualdade vincula em primeira linha o legislador ordinário.

Reconheço que tal princípio, contudo, não impede o órgão legislativo de definir as circunstâncias e os factores tidos como relevantes e justificadores de uma desigualdade de regime jurídico num caso concreto, dentro da sua liberdade de conformação legislativa. Nessa medida, o princípio constitucional da igualdade não pode ser entendido ou considerado de forma absoluta, em termos tais que impeça o legislador de estabelecer uma disciplina diferente quando diversas forem as situações que as disposições normativas visam regular.

Daí que o princípio da igualdade, enquanto entendido e considerado como limite objectivo da discricionarietà legislativa, não veda à lei a realização de distinções, proíbe-lhe, ao invés, a adopção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável ou sem qualquer justificação objectiva e racional.

O princípio da igualdade traduz, no fundo, a ideia geral de proibição do arbítrio. Mas dele também resulta o corolário de que deve ser tratada de forma desigual a situação que não for igual e ao proceder assim, o princípio continua a ser cumprido.

Como sintetiza JORGE MIRANDA há dois pontos firmes em que a doutrina tem assentado: *“que igualdade não é identidade, igualdade não é indiferenciação e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística”*; e que o princípio da igualdade não é uma “ilha” no mundo do direito, é parte de um continente, se encontra conexo com outros princípios e tem de ser entendido – também ele – no plano global dos valores, critérios e opções de constituição.

Com efeito, sendo as situações de facto as mesmas ou similar e tendo o tratamento sido diferente é manifesto que o tratamento dado à questão se traduziu na consagração de soluções e de medidas arbitrárias e intoleráveis à luz do que constituem os ditames impostos pelos comandos legais em referência.

Não se vê razões para um tratamento tão diferenciado entre administrados, quando a situação material que lhes está subjacente é a mesma: - a falta de licenciamento.

No entanto, a questão não tem tratamento linear e suscita outras questões, como a de saber-se os valores colectivos a acautelar através da exigência de cada um desses diferentes licenciamentos serão os mesmos? Os impactos sociais, em termos de riscos, de perigo potencial para a Sociedade serão os mesmos ou equivalentes em toda e qualquer situação de “falta de licenciamento”? Será de atender apenas a valores, ou também a interesses e, neste caso, à diferenciação económica da actividade que carece de licenciamento? E/ou ao grau de responsabilidade que possa resultar da deficiente resposta que, em cada situação, seja dada pelas entidades licenciadoras (concorrência de responsabilidades)? Finalmente, em que base encontramos, ou definimos, a situação factual “igual”, que deve ser tratada com igualdade?

Quanto a estas e a outras questões, trazem-me à lembrança a propósito da CRP, direitos fundamentais e ambiente, a constatação de JORGE MIRANDA quanto ao facto

de que “não se formou ainda uma jurisprudência constitucional sobre o ambiente, porque até agora nenhum problema substantivo subiu ao Tribunal Constitucional”.⁸²

Assim sendo fica-me a presunção e o pressuposto de que o legislador consagra sempre as melhores soluções, poderíamos dizer com Larenz que "*a Lei vale na verdade para todas as épocas mas em cada época da maneira como esta a compreende e desimplica, segundo a sua própria consciência jurídica*".⁸³

⁸² Miranda, Jorge. “Direitos Fundamentais”, escritos vários, Principia, Outubro de 2006, p. 326.

⁸³ Machado, Batista “Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador”, pág. 188.

PARTE SEGUNDA

2. A INTIMAÇÃO NO QUADRO GERAL DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS.

2.1 INTRODUÇÃO

“ut sementem feceris, ita metes”

“cada semente contém, toda a espécie que pode conservar.”⁸⁴

Ao iniciar esta abordagem, a dúvida que se coloca é a seguinte: deverá analisar-se apenas o regime jurídico contencioso vigente, ou deverá também fazer-se referência ao contencioso pretérito ou revisto? Se a primeira opção seria formalmente correcta, não tratar do contencioso revisto, apesar de não vigente, bem como dos contributos doutrinários que esse processo gerou em Portugal, representaria uma opção artificializante. No que se dirá a seguir, há, é certo, riscos vários, porém, esses riscos não justificam que seja ignorado.

Assim, não posso deixar de me identificar com a análise de REBELO DE SOUSA, quanto à nova realidade normativa, na área deste trabalho e que leva a considerar que *“actualmente, é indesmentível que ocorreu uma aproximação entre o direito público e o direito privado: a complexificação da vida social e o surgimento do Estado social levaram à expansão do direito administrativo para zonas anteriormente tidas como exclusivas do direito privado, levando a situações de verdadeira interpenetração entre ramos do direito”*⁸⁵, ou como ensina PEREIRA DA SILVA,

⁸⁴ Malebranche, *Entretiens*, X, 3.

⁸⁵ Sousa e Outro, Marcelo Rebelo de. *“Direito Administrativo Geral”*, Tomo III, Dom Quixote, Maio de 2008, p. 33.

“perante um fenómeno de verdadeira “globalização jurídica” (...) urge repensar as tradicionais fronteiras...”⁸⁶ como constataremos no presente trabalho.

Esta constatação em nada colide com o facto de terem ocorrido quanto ao modelo processual, três épocas, acompanhando-se sobre essa periodização, VIEIRA DE ANDRADE, sendo certo que embora se trate de matéria colateral, a mesma mostra-se importante em termos de enquadramento geral.

Assim, “a primeira época que consideramos dura 150 anos e vai desde os primórdios do nosso contencioso em 1832, passando sobre as mudanças políticas operadas em 1910/1911 e 1926/1933, até à recente data de 1982/1985, embora não se possa ignorar, como veremos, a alteração do sistema político-constitucional em 1974/1976, nem se deva esquecer o contributo relevante do Decreto-lei n.º 256-A/77”.,⁸⁷ nem da Lei n.º 15/2002, de 22/2, nos termos do seu artigo 7.º, com a redacção dada pelo artigo 2.º da Lei n.º 4-A/2003, de 19/2.

No passado, a figura da intimação era conhecida como a formalidade pela qual se dava conhecimento de algum acto judicial ou administrativo às partes interessadas num processo ou a qualquer outra pessoa, ou se chamava a juízo ou a uma repartição pública quem devia intervir acidentalmente numa causa ou processo.⁸⁸

A Novíssima Reforma Judiciária, aprovada pelo Decreto de 21 de Maio de 1841, falava em citações, notificações e intimações, sendo que estes dois últimos termos aplicavam-se ao mesmo acto (artigo 1038.º), e a citação tinha lugar em casos similares aos prevenidos no actual Código de Processo Civil.

Esse não é hoje o enfoque e conforme REBELO DE SOUSA vem ensinando “ao contrário do que sucede com as demais funções do Estado, a CRP define, no seu art.º 202.º, n.º 2, a função jurisdicional: esta consiste na administração da justiça, que por sua vez compreende a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, a dirimição de conflitos de interesses públicos e privados e a repressão da violação da legalidade democrática”.

A função jurisdicional traduz-se, portanto, na implementação da Constituição, das leis e dos demais actos normativos vigentes na ordem jurídica, mediante a sua interpretação, desenvolvimento e concretização, o esclarecimento da sua aplicação no

⁸⁶ Silva, Vasco Pereira. “O Contencioso Administrativo no divã da Psicanálise”, Almedina, Novembro de 2005, p. 227.

⁸⁷ Andrade, José Carlos Vieira de. “A Justiça Administrativa” (Lições), 3.ª edição, Almedina, Coimbra, Novembro, 2000, págs. 55.

⁸⁸ Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira, Editorial Enciclopédia, Lda, Lisboa, Rio de Janeiro, Agosto de 1978, vol. XIII, p. 962.

tempo e no espaço, a apreciação da conformidade constitucional e lato sensu legal dos actos das entidades públicas e dos cidadãos...”⁸⁹, perspectiva que teremos presente uma vez que “só a justiça é farol seguro, que serenamente indica, por cima do tumulto das paixões, o caminho a seguir, e tal é a pureza do seu esplendor que, segundo a feliz imagem de Aristóteles, nem Vénus, a estrela da tarde, nem a estrela matutina brilham tão maravilhosamente”.⁹⁰

A palavra Estado pode ser tomada numa acepção ampla como comunidade que em determinado território prossegue com independência e através de órgãos constituídos por sua vontade, a realização de ideais e interesses próprios; e, numa acepção restrita, como a pessoa colectiva de direito público que no seio da comunidade referida na acepção ampla e para efeitos internos tem o governo como órgão.⁹¹

Como é consabido, o poder público é tentacular, e decorrente dessa observação, os autores não só sustentam que “está em toda a parte”, como também, que esse poder “é fundamentalmente o poder da administração”.⁹² E, “os line services (por vezes chamados de primary agencies, operating ou operational departments) são as unidades administrativas que cumprem, sob forma de prestações dispensadas directamente aos administrados, as próprias tarefas para as quais a administração ou o serviço foram criados”.⁹³

A administração Pública no sentido de “planificadora ou infra-estrutura”⁹⁴ caracteriza-se pelo prosseguimento em simultâneo das mais variadas e distintas funções,⁹⁵ destinadas à construção de uma sociedade mais justa e equilibrada. Naturalmente que

⁸⁹ Sousa e Outro, Marcelo Rebelo de. “Direito Administrativo Geral”, Tomo I, 2.ª ed., Dom Quixote, Setembro de 2006, p. 38. - Nota: - esta posição já anteriormente tinha sido expressa pelo mesmo autor, não em obra conjunta com André Salgado, mas em obra conjunta com Sofia Galvão, “Introdução ao Estudo do Direito”, 3.ª ed., Publicações Europa-América, 2004, p. 111.

⁹⁰ Del Vecchio, Giorgio. “A Justiça” p. 58.

⁹¹ Ac. do S.T.A. de 23/3/62 — AD. 8/9, 1066.

⁹² Soares, Rogério Ehrhardt. “Administração Pública e Controlo Judicial”, RLJ, ano 127, n.º 3838-3839, pp. 226 e ss. (p.229).

⁹³ Gournay, Bernard. “Introdução à Ciência Administrativa”, Publicações Europa-América, 1978, p. 19.

⁹⁴ Correia, Sérvulo. “Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra, 2001, pp. 1157 e ss. (pp. 1159 a 1161); e Pereira da Silva, Vasco Manuel Pascoal Dias. “Em busca do acto administrativo perdido”, Coimbra, 1998, p. 127: - “Surge, assim, uma nova dimensão ou um novo âmbito da actividade administrativa, que a doutrina designa através de expressões tão variadas como as de Administração “prospectiva”(Rivero, Nigro), “prefigurativa”(Nigro), “constitutiva”, “social-constitutiva”, “planificadora”(Tschira, Schmitt) ou “infra-estrutural”(Faber, Parejo).

⁹⁵ Sousa, Marcelo Rebelo. “Lições de Direito Administrativo”, vol. I, Lex, 1999, pág. 12(1.10): - “a função administrativa compreende o conjunto de actos de execução de actos legislativos, traduzida na produção de bens e na prestação de serviços destinados a satisfazer necessidades colectivas que, por virtude de prévia opção legislativa, se tenha entendido que incumbem ao poder político do Estado-colectividade.

ao reflectir a crescente complexidade de uma *sociedade de risco*, que decorre também da imposição às organizações administrativas a prossecução de fins potencialmente contraditórios ou de difícil conciliação, como paradigmaticamente demonstram a promoção do desenvolvimento económico, por um lado, e a promoção ambiental por outro, ou a imposição de “timings” para metas políticas, em colisão com o ordenamento jurídico interno e comunitário.

Esta multifuncionalidade, ao reflectir-se nos diferentes actos da administração tem, em cada actuação, que ponderar essas múltiplas finalidades e a sua futura e incerta evolução. Deste facto advêm, em primeira linha, consequências necessárias no plano da organização (ou se se preferir na actual desorganização).

Quem olhar hoje a estrutura da administração é surpreendido por uma série de organismos diferenciados, em que a ideia de uma pirâmide hierarquizada de relações bem definidas, está ferida de morte, convertendo-se em ficção a visão unitária da administração, pelo que a metáfora hoje utilizada é a de uma “galáxia”⁹⁶. Reforçando a ideia e concretizando o aspecto que “a imagem tradicional era a de uma pirâmide; hoje é a de um planeta com um conjunto de “satélites”, de tamanho variado e a variáveis distâncias do centro”.⁹⁷

Apesar de como se tem constatado, um pouco por todo o mundo, que “la administración Pública no gestiona por sí mesma todos los servicios públicos de que es titular. (...)”⁹⁸, o certo é que “quanto mais a colectividade se especializa e diferencia técnico-profissionalmente e se pluraliza ético-culturalmente, tanto menor se torna aquilo que é comum a todos” e tanto mais necessidade existe de diferenciação político-administrativa para corresponder à diversidade de apelos feitos aos poderes públicos.⁹⁹

De forma voluntária ou forçada o Estado (e a administração) abre-se á sociedade, e essa abertura dos organismos administrativos aos interesses sociais determina o chamamento dos administrados à actuação administrativa.¹⁰⁰ Sendo que conforme pertinentemente observa FRANCISCO DE SOUSA “a administração

⁹⁶ Garcia de Enterría, Eduardo/Fernández Tomás-Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”, vol. I, 5.ª Ed., Editorial Civitas, Madrid, 2000, p. 34.

⁹⁷ Moreira, Vital. “Administração autónoma e associações públicas”, Coimbra, 1997, p. 34.

⁹⁸ Garcia de Enterría, Eduardo/Fernández Tomás-Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”, vol. I, 5.ª Ed., Editorial Civitas, Madrid, 2000, p. 39.

⁹⁹ Moreira, Vital. “Administração autónoma e associações públicas”, Coimbra, 1997, p. 35.

¹⁰⁰ Andrade, Vieira, “O dever de fundamentação expressa de actos administrativos”, Coimbra, 1992, p. 31.

moderna perdeu o papel meramente policial que a caracterizou no século XIX, estando hoje a sua actuação muitas vezes subordinada ao consentimento do particular".¹⁰¹

Finalmente, dir-se-à, também, que *"a administração pública tem de se constituir em factor de desenvolvimento, progresso e competitividade, através da modernização das suas estruturas, da inovação dos métodos de trabalho e da orientação da sua actividade para as pessoas e as empresas"*.¹⁰² Mas também *"porque prossegue o interesse público, não apoia, não favorece, não auxilia nenhum interesse particular, assim como não tem de se lhe opor, por razões diversas de bem comum"*.¹⁰³

2.2. O MOMENTO QUE PRECEDEU A REFORMA

*"Teu ser é como aquela fria luz
que precede a madrugada, E, é já o
ir a haver o dia
Na antemanhã, confuso nada..."*

Fernando Pessoa

A Jurisdição administrativa, garantia de defesa dos direitos dos cidadãos perante o Estado e as demais entidades públicas, tem em Portugal, como na generalidade dos países europeus, uma longa tradição.

Assim, este é o período do DL. n.º 267/85, de 16 de Junho, que aprovou a Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA) ou (LEPTA), que veio substituir, conforme consta do Preâmbulo do diploma *"o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, (ETAF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril, criando novos meios processuais da competência dos tribunais administrativos, tornou indispensável a respectiva regulamentação"*.¹⁰⁴

¹⁰¹ Sousa, António Francisco de. *"Para o consentimento do particular em direito administrativo"*, Editora Danúbio, LDA, Lisboa, 1986, p. 15.

¹⁰² Tavares, Luís Valadares. *"O novo quadro legal da administração pública": inovação e mudança cultural*, INA, depósito legal n.º 213190/04.

¹⁰³ Miranda, Jorge. *"Funções, órgãos e actos do Estado"*, FDUL, Lisboa, 1990, p. 25.

¹⁰⁴ Mesquita, Goiana J. M. *"Contencioso Administrativo"*, Porto Editora, 1986, p. 93.

Irei debruçar-me sobre os art.ºs 82.º a 85.º (*intimação para consulta de documentos ou passagem de certidões*), art.ºs 86.º a 90.º (*intimação para um comportamento*)¹⁰⁵ e, reflexamente, o art.º 115.º (*outros recursos urgentes*).

Propedeuticamente e, acompanhando a doutrina, que se vem debruçando sobre esta temática, partilhamos do entendimento de TERESA RIBEIRO quando sustenta que *"o direito ao recurso contencioso contra todos os actos administrativos que lesem os direitos ou interesses legítimos particulares é um direito fundamental de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias e que beneficia do regime jurídico-constitucional especial previsto para estes direitos. Sendo assim, o artigo 268.º, n.º 4 aplica-se directamente e vincula as entidades públicas e privadas (artº 18º da CRP), beneficiando de uma «força vinculante e uma densidade aplicativa» (Gomes Canotilho) que faz com que valha directamente contra lei quando esta restringir o direito ao recurso contencioso fora dos casos expressamente previstos na Constituição (artº 18º nº 2)"*.¹⁰⁶

A propósito quanto ao mesmo preceito constitucional, naquela época, também VIEIRA DE ANDRADE defendeu que *"a exigência legal do recurso hierárquico não contraria o disposto no artº 268.º n.º 4 da CRP"*.¹⁰⁷

Este entendimento, tem sido igualmente sufragado pela Jurisprudência por forma pacífica, no sentido de que não pode falar-se de qualquer desconformidade entre aquele regime e a CRP, *"pois se trata de um condicionamento legítimo, adequado, proporcionado e constitucionalmente fundado, do direito do recurso contencioso, e não de uma sua restrição, pois o acto é recorrível mediatemente, incorporado no acto, expresso ou silente, que decide o recurso hierárquico"*.¹⁰⁸

Finalmente, concretizando o alcance da sua orientação jurisprudencial, foi decidido que *"a garantia constitucional resultante do n.º 4 do artº 268.º da CRP prende-se, na sua essência, com a necessidade de garantir uma tutela judicial efectiva,*

¹⁰⁵ Garcia, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *"Da justiça administrativa em Portugal"* – sua origem, e evolução – Teses, UCatólica, Lisboa, 1994, p. 670: - *"com vista a impedir que se frustre uma efectiva tutela dos direitos e interesses legítimos dos particulares em face da administração"*.

¹⁰⁶ Ribeiro, Maria Teresa de Melo. Revista *"Direito e Justiça"* da F.D.U. Católica Portuguesa (vol. VI pag. 365 e segs. e Vol. VII, pag. 191 e segs.).

¹⁰⁷ Andrade, Vieira de. *"Direito Administrativo e Fiscal"* - Lições, 1994-1995, pag 143.

¹⁰⁸ Ac. do STA de 4.5.95, R. 35259. Do mesmo modo, no Ac. do STA de 9.07.96, R. 38827 doutrina: - *"Não há violação do princípio da accionabilidade consagrado no nº4 do artº 268º da CRP - redacção da Lei de Revisão Constitucional nº 1/89 de 8/07 se o legislador estabelecer um recurso hierárquico prévio (recurso hierárquico necessário) à interposição do recurso contencioso, já que tal princípio não impõe a abertura de um recurso contencioso imediato, apenas determinando que não pode recusar-se a abertura da via contenciosa quando há um acto administrativo (acto lesivo)"*.

*de modo a que os interessados possam reagir contra quaisquer actos que lesem os seus direitos, sem prejuízo de que só os actos administrativos que produzam efeitos autónomos e imediatos, sejam desde logo, impugnáveis".*¹⁰⁹

Ora, resultando mesmo do art.º 18.º, n.º 2 da CRP, que determinados condicionamentos ao recurso contencioso são absolutamente legais e até indispensáveis, não fica prejudicado o princípio da accionabilidade consagrado no artº 268.º, n.º 4 da CRP, designadamente no caso dos meios processuais acessórios, por definição da sua própria natureza instrumental, relativamente ao meio principal.

Assim sendo, que tipo de justiça administrativa lhe está subjacente?¹¹⁰

A Justiça administrativa¹¹¹ pode ser definida, numa noção estrita que reúna e combine os critérios material, funcional e orgânico-processual, para VIEIRA DE ANDRADE como *“o conjunto institucional ordenado normativamente à resolução de questões de direito administrativo, nascidas de relações jurídico-administrativas externas, atribuídas à ordem judicial administrativa e a julgar segundo um processo administrativo específico – excluindo-se do seu âmbito as questões administrativas internas, as questões não administrativas e as questões administrativas de direito privado; e, relativamente às questões administrativas externas de direito público, não se considerando as que se colocam no âmbito da utilização de mecanismos de controle político ou de meios administrativos de impugnação, nem as questões contenciosas atribuídas a outras ordens judiciais”*.¹¹²

Extraíndo-se dos ensinamentos de FREITAS DO AMARAL que *“nas nossas leis faz-se referência ao contencioso dos actos administrativos, o contencioso dos regulamentos, o contencioso dos contratos administrativos, o contencioso da responsabilidade da administração e o contencioso dos direitos e interesses legítimos*

¹⁰⁹ Ac. do STA de 3.11.98, R. 43772 e Ac. de 6.02.97, R. 41453 e, reflexamente, no Ac do STA-PLENO, de 12-11-03, in recº nº 047985.

¹¹⁰ Garcia, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *“Da justiça administrativa em Portugal”* – sua origem, e evolução – Teses, UCatólica, Lisboa, 1994, p. 18: - *“A expressão “justiça administrativa” mais do que uma dimensão jurídico-valorativa da acção estadual recorda, ainda hoje, em especial junto de muitos juspublicistas dos estados que receberam a influência do sistema administrativo francês, um conjunto de órgãos jurisdicionais detentores de competências para julgar os conflitos.”*

¹¹¹ Amaral, Diogo Freitas do. *“Direito Administrativo”*, vol. IV, Lisboa, 1968, p. 71 e 72: - *“A nossa lei usa muitas vezes, e em diversas passagens, a expressão “contencioso administrativo”. E usa-a em sentidos muito diferentes (...) num sentido orgânico, funcional, material, instrumental e normativo, opta por um sentido material: - contencioso administrativo significa, em bom rigor, a matéria da competência dos tribunais administrativos, ou seja, por outras palavras, o conjunto dos litígios entre a Administração Pública e os particulares, que hajam de ser solucionados pelos tribunais administrativos e por aplicação do Direito administrativo. É neste sentido que a expresso contencioso administrativo é utilizada nos pontos fundamentais da nossa lei”*.

¹¹² Andrade, José Carlos Vieira de. *“A Justiça Administrativa” (Lições)*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, Novembro, 2000, págs. 37 (na 2.ª edição de 1999, p. 31 e 32).

dos particulares”.¹¹³ Acrescentando o citado autor que “os dois primeiros correspondem àquilo que a doutrina chama, a nosso ver bem, o contencioso administrativo por natureza; os outros correspondem quilo a que a doutrina chama o contencioso administrativo por atribuição”.¹¹⁴

Considera porém o mesmo autor que a estas duas modalidades do contencioso administrativo (*por natureza e por atribuição*) correspondem dois meios contenciosos típicos: o recurso e acção. Porém, não deixa de precisar, também, que existem “meios contenciosos atípicos (...) que não se reconduzem nem à figura do recurso, nem à da acção. Estes novos meios processuais vêm previstos no art.º 51.º, n.º 1, alíneas m), o) e p), do ETAF, bem como nos artigos 82.º a 94.º da LPTA”. Identificando-os, nomeadamente, como “intimação da administração para ...”.¹¹⁵

Definir o conceito de “intimação”, não pode deixar de trazer à colação a sempre presente e profunda a observação romanista “*toda a definição em direito (...) é perigosa*” (“*omnis definitio in iure (...) periculosa est*”),¹¹⁶ no entanto estribando-me em VIEIRA DE ANDRADE, direi que na vigência do artigo 86.º e ss. Da LPTA, “*chama-se intimação para um comportamento, precisamente porque estão em causa actuações de facto ilegais, pedindo ao tribunal que obrigue os prevaricadores a adoptarem ou a absterem-se de um determinado comportamento.*”¹¹⁷

A intimação para um comportamento representa, em absoluto, uma inovação legislativa introduzida no Contencioso Administrativo português com a entrada em vigor da LPTA, não se lhe reconhecendo quaisquer antecedentes com a mesma configuração jurídico-processual e com os mesmos objectivos, na história do nosso direito processual administrativo.

A sua origem é de raiz francesa, e, num primeiro momento, foi circunscrita à intimação para a consulta de documentos ou passagem de certidões e à intimação para um comportamento por parte de particulares e de concessionários. Este entendimento é

¹¹³ Fonseca, Guilherme Frederico Dias Pereira da. “Direito Administrativo”, (sumários desenvolvidos), AAFDL., Lisboa 1993, p. 181: - “o relevo das garantias graciosas – já que ele não abarca as garantias contenciosas”.

¹¹⁴ Amaral, Diogo Freitas do. “Direito Administrativo”, vol. IV, Lisboa, 1968, p. 74 e 75.

¹¹⁵ Ibidem, p. 75 e 327.

¹¹⁶ “Digesto”, 50, 17, 202. Esta máxima atribuída a Javoleno, jurisconsulto do tempo de Trajano.

¹¹⁷ Andrade, José Carlos Vieira de. “A Justiça Administrativa” (lições), 3.ª ed., Almedina, Novembro, 2000, p. 199.

sustentado por FERREIRA PINTO que considera “*assimila-se à garantia conservatória do direito francês*”.¹¹⁸

A única figura cautelar disponível no nosso contencioso administrativo antes da entrada em vigor do diploma supra mencionado - embora com notórias diferenças de regime, como o facto de se dirigir única e exclusivamente à Administração -, MARCELO CAETANO qualifica-a como um incidente privativo do processo contencioso, “o da suspensão da executividade dos actos recorridos”¹¹⁹, prevista no art. 15.º, n.º 5, da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo (LOSTA) e no art. 60.º do Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo (RSTA), sendo que “*a suspensão deve de ser requerida na própria petição de recurso (Cód. Adm., art.º 836.º, § 3.º)*”.¹²⁰

Esse mesmo entendimento é sufragado por RUI MACHETE que considera, para além da figura da suspensão da executividade dos actos, inexistiam no contencioso administrativo português outras medidas cautelares típicas, tão-pouco medidas contra a violação de normas de direito administrativo por particulares e concessionários.¹²¹

No mesmo sentido pronunciava-se também SOFIA HENRIQUES para quem “*Até 1985, a única providência cautelar expressamente prevista no contencioso administrativo correspondia à suspensão da eficácia dos actos administrativos (designada por suspensão da executividade da acto impugnado)*”. Enfatizando contudo que com a aprovação da LPTA, “*introduziu-se, a par da suspensão da eficácia de actos administrativos, a figura da intimação para um comportamento, não valendo para a administração (cfr. art.º 86.º e ss. da LPTA)*”.¹²²

Para, em conclusão, sustentar que “*o modelo tradicional do nosso contencioso administrativo era lacunoso no plano da tutela final, por só prever o recurso de anulação de actos administrativos e não permitir que os tribunais condenassem a administração à prática de actos administrativos devidos, ele também era, pois,*

¹¹⁸ Pinto, Fernando Brandão Ferreira e Outro (Guilherme Frederico Dias Pereira da Fonseca). “*Direito Processual Administrativo Contencioso*”, 2.ª ed., Elcla Editora, 1992, p. 171.

¹¹⁹ Caetano, Marcello. “*Manual de Direito Administrativo*”, vol. II, 10.ª ed., 4.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1991, p. 1388.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Machete, Rui. “Contencioso Administrativo”, in Estudos de Direito Público e Ciência Política, Lisboa, 1991, pp. 301 segs.

¹²² Henriques, Sofia. “*A tutela cautelar não especificada no novo contencioso administrativo português*”, Coimbra Editora, 2006, p. 27.

*lacunoso no plano da tutela cautelar, por, na prática, se centrar no instituto da suspensão da eficácia de actos administrativos”.*¹²³

A questão suscitada, prende-se com a de se saber se a Administração podia ou não figurar como sujeito activo do meio processual da intimação para um comportamento?

A generalidade dos autores inclinava-se a configurar a intimação para um comportamento como um processo exclusivo entre particulares, em que a Administração não intervinha.

Ora, a questão que nesta sede se pode colocar com pertinência, é a de se saber se uma pessoa colectiva pública ou um órgão administrativo não poderá também, em certos casos, lançar mão da intimação para um comportamento, quando se depare com uma violação de normas de direito administrativo por parte de um particular ou concessionário.

A verdade é que, à face da lei, segundo NUNO CAPUCHA *“nada obsta a que uma pessoa colectiva pública ou órgão administrativo impugne contenciosamente um acto administrativo praticado por uma outra entidade, quando os efeitos de direito que desse acto resultem, possa afectar um interesse que lhes caiba defender”.*¹²⁴

Este mesmo entendimento, embora de forma mitigada era sustentado por VIEIRA DE ANDRADE para quem a actual intimação *“tem como antepassado a intimação para a consulta de documentos ou passagem de certidões que, apesar de constituído legalmente como meio acessório ± já era uma prática utilizado também como meio autónomo (...) é agora expressamente configurado como uma acção principal (a tramitação é extremamente simples e rápida), e um processo urgente”.*¹²⁵

Ora, os chamados meios acessórios ou cautelares previstos no art.º 268.º, n.º 4 do CRP (direito à *“adopção de medidas cautelares adequadas”*) e desenvolvidas na lei do processo administrativo, a que voltaremos mais adiante, foram instrumento da maior importância no quadro das garantias contenciosas dos cidadãos.

Efectivamente, surgem, também, outros meios de índole cautelar e/ou acessória, como a suspensão da eficácia do acto administrativo, a intimação para a consulta de documentos ou passagem de certidões, a intimação para um comportamento, a produção

¹²³ Idem, p. 29.

¹²⁴ Capucha, Alexandre Nuno. *“Da intimação para um comportamento e sua articulação com a defesa do ambiente”*, AAFDL., Lisboa, 2001, p. 27

¹²⁵ Andrade, José Carlos Vieira de. *“A justiça administrativa”*, (lições), 9.ª ed., Almedina, Out. 2007, p. 262.

antecipada de prova e a execução de julgados. E, com a revisão constitucional de 1997, emergem as acções destinadas a obter do tribunal administrativo a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos pela Administração.¹²⁶ Para PEREIRA DA SILVA, foi na “sequência deste longo “processo terapêutico”, em que o Contencioso Administrativo português tanto se sentou no “divã” da Constituição, como no “divã” da Europa, como experimentou ainda métodos de discussão e de “psicoterapia de grupo” que surgiu a acção de condenação à prática de acto devido”¹²⁷

Há, no entanto, que realçar a posição de JEAN RIVERO quando afirma, relativamente ao direito administrativo francês “obrigado a resolver litígios para os quais a lei não lhe fornecia qualquer princípio de solução, o juiz teve de construir, muitas vezes completamente, a regra que iria aplicar”, referindo-se ao “direito administrativo largamente jurisprudencial”.¹²⁸

Em Portugal, SÉRVULO CORREIA não deixa de sublinhar que “o Direito Administrativo foi, na sua génese, um direito pretoriano. [...] Antecipando-se à doutrina, foram estes [os tribunais administrativos] que, não obstante a ausência de um

¹²⁶ David, Sofia. “Intimação para a consulta de documentos ou passagem de certidões”, algumas reflexões, Verbo jurídico, Abril, 2002, p. 5 e 6, citando vasta doutrina: “A doutrina tem questionado o alcance destas últimas acções, na medida em que ao permitirem aos tribunais determinarem a prática de actos administrativos legalmente devidos pela Administração, permitiriam ao juiz imiscuir-se na actividade da Administração, pondo em causa o princípio da separação de poderes.

A este propósito, João Caupers considera estar aberto o caminho para a introdução na legislação ordinária portuguesa da acção de condenação da Administração Pública à prática do acto administrativo, à maneira da *Verpflichtungsklage* germânica - cf. do Autor, *Introdução ao Direito Administrativo*, 5ª edição, Editora Ancora, Lisboa, 2000, pág. 288.

O Projecto de Reforma do Processo Administrativo, de ora em diante abreviadamente designado de Projecto, encaminha-se no sentido da orientação preconizada por João Caupers - cf. artigos 66º e ss. do Projecto, in site do Ministério da Justiça, com o endereço, <http://www.mj.gov.pt/\ca>

Mário Aroso de Almeida admitia, nesta matéria, uma segunda solução que se «compaginaria» melhor com as características do nosso sistema contencioso, e que passava pela ampliação do objecto e dos poderes de pronúncia do tribunal, no âmbito do recurso contencioso, por forma a que o tribunal pudesse impor à Administração a prática do acto devido. Ou seja, para além da pronúncia de anulação, o tribunal teria competência para outras «pronúncias judiciais complementares» - cf. Mário Aroso de Almeida, «Contributo para a reforma do sistema de contencioso administrativo», *Separata da Revista Direito e Justiça, Revista de Direito da Universidade Católica*, tomo I, Vol. IX, Lisboa, 1995, págs. 115 e ss. e do mesmo Autor «Novas Perspectivas para o Contencioso Administrativo», *Separata, Juris et de Jure, Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP - Porto*, Porto, 1998, págs. 539 e 540.

Vasco Pereira da Silva parece defender que qualquer das opções é «aceitável», cabendo a escolha na «discricionariedade» do legislador ordinário, sendo certo que o que interessará é a «coerência e a operatividade do sistema de contencioso administrativo, de modo a adequá-lo à realização do princípio constitucional da tutela plena e efectiva dos direitos dos particulares perante a Administração» - cf. Vasco Manuel Pereira da Silva, «O contencioso administrativo como «direito constitucional concretizado ou por concretizar», in *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, Almedina, 2000, pag. 94.

¹²⁷ Silva, Vasco Pereira. “O Contencioso Administrativo no divã da Psicanálise”, Almedina, Novembro de 2005, p. 351.

¹²⁸ Rivero, Jean. “Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 1981, p. 36.

*código que desempenhasse o papel de fundamento unitário do novo ramo de direito, edificaram um sistema de «formas jurídicas» (antes de tudo formas de actuação da Administração) que constitui o objecto da dogmática jurídica administrativa”.*¹²⁹

Referindo-se às fontes do direito processual administrativo contencioso, FERREIRA PINTO observa, em sede de *fontes escritas*, que “... e a jurisprudência, aquelas decisões que por uma forma reiterada e constante o Supremo Tribunal de Justiça e, sobretudo, o Supremo Tribunal Administrativo têm proferido em direito processual”.¹³⁰

A justiça administrativa deixa a sua natureza essencialmente objectiva – de tutela da legalidade e do interesse público – para passar a assumir uma natureza principalmente subjectiva – de defesa dos direitos e interesses dos particulares,¹³¹ ou nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE, de defesa das “*posições jurídicas substantivas individualizadas*”.¹³²

A natureza essencialmente subjectiva da justiça administrativa tem, presentemente, consagração constitucional no n.º 4 do artigo 268º da CRP, que determina: “*É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas*”. Trata-se do reconhecimento claro do princípio da tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses dos particulares, direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, imediatamente aplicável, mesmo na ausência de regulamentação legal – cf. artigos 17º e 18º da CRP.

Temos então que um dos meios desta espécie mais frequentemente utilizados é o pedido de “suspensão de eficácia dos actos” contenciosamente impugnados.

O recurso contencioso não tem, em regra, efeito suspensivo.

Por isso, a lei de processo (art.º 76.º, n.º 1) permite que o recorrente, em requerimento autónomo, requeira ao tribunal a concessão de tal providência caso se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

¹²⁹ Correia, Sérvulo, citado por Caupers e Outro, João. “*Contencioso Administrativo*” Anotado e comentado, Aequitas, Editorial Notícias, 1994, contracapa.

¹³⁰ Pinto e Outro, Fernando Brandão Ferreira. “*Direito Processual Administrativo Contencioso*”, 2.ª ed., Ecla Editora, Porto, 1992, p. 16.

¹³¹ Salvo quanto aos recursos interpostos pelo MP e, em parte, também quanto à acção popular.

¹³² In *A Justiça ...*, op. cit., pág. 33.

a) A execução do acto cause provavelmente ao requerente ou nos interesses que este defenda no processo um prejuízo de difícil reparação.

É o caso, p.ex. dos prejuízos decorrentes de actos que importam a paralização do exercício do comércio ou indústria (perda de clientela) ou de actos que ordenam o despejo administrativo (dada a dificuldade de obter casa no mercado de arrendamento nas grandes cidades) ou de uma sanção disciplinar expulsiva que prive o seu destinatário dos meios de subsistência.

Por outro lado, não precisa o requerente de provar os danos alegados, bastando que eles, em "*sumaria cognitio*", se apresentem como credíveis. Mas exige-se que eles decorram, segundo um nexo de causalidade adequada, do acto recorrido.

b) A suspensão não determine grave lesão do interesse público. Este interesse, quando violado nesse grau, sobreleva a lesão do direito do particular seja qual for a gravidade desta última (caso, p.ex. de perigo para a segurança ou para a saúde pública ou de desprestígio para as instituições públicas por infracção disciplinares particularmente graves).

c) Do processo não resultem fortes indícios de ilegalidade da interposição do recurso.

Solicitada esta providência no tribunal, a autoridade administrativa, logo que receba o duplicado do requerimento de suspensão, deverá suspender a execução do acto até à decisão final do pedido. A não ser que, em resolução fundamentada, reconheça que o interesse público urgente exige a imediata execução do acto.

Por outro lado, segundo a jurisprudência do STA, não se admite a suspensão de actos já executados nem de actos de conteúdo negativo. Quanto a estes últimos porque a suspensão corresponderia a praticar o acto de conteúdo positivo oposto que compete à Administração activa.

Outro meio processual *accessório* que apareceu previsto (*art.º 82.º e sgs.*) a "*intimação para a consulta de documentos ou passagem de certidões*", procedimento este que constituiu uma novidade, embora na previsão legal aparecesse funcionalizado a um objectivo -- "*permitir o uso de meios administrativos ou contenciosos*" -- pressuposto que lhe conferia a qualidade de meio *accessório* relativamente aos meios impugnatórios que justificam a providência.

A primeira questão que, naturalmente, se suscita é a de saber o que é um documento administrativo ?

E conclua no sentido de que “*parece, salvo melhor opinião, ajustada à intimação para um comportamento no Direito português (...) trata-se de um meio processual acessório, que pode ser deduzido previamente ou incidentalmente a um meio principal de natureza administrativa ou contenciosa. Visa proteger preventiva e provisoriamente o direito ou interesse do requerente, mas este direito ou interesse só será definitivamente salvaguardado aquando da decisão final. Daí que se afigure que a intimação é apenas uma etapa do processo, encarado este como unidade, quer se refira ao processo administrativo gracioso, quer ao processo contencioso*”.¹³⁹

Quanto à produção antecipada de prova, também, à semelhança do que sucede com o processo civil, pode o interessado pedir e obter do tribunal a produção antecipada da prova, em processo já pendente ou a instaurar em qualquer tribunal administrativo.

Pressuposto da utilização deste processo cautelar é o 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.

Veio assim, na redacção do citado art.º 268.º, n.º 4 do CRP, introduzida em 1997, alargar-se o elenco legal das medidas cautelares consagrando a regra da “*adopção de medidas cautelares adequadas*” como desenvolvimento do princípio mais vasto do direito dos cidadãos à “*tutela jurisdicional efectiva*” dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

Trata-se de uma cláusula geral, adaptável às circunstâncias de cada caso, que permite o recurso ao instituto das “*medidas cautelares não especificadas*” previstas no Código do Processo Civil (de resto legitimado pela norma remissiva do art.º 1.º da Lei do Processo Administrativo).¹⁴⁰

Neste enquadramento, como mera referência histórica, de subsidiariedade das regras do Código de Processo Civil, VIEIRA DE ANDRADE, na altura chamava à atenção, referindo-se ao art.º 72.º, n.º 2 e 3 da LPTA, que visava “*encontrar, em*

¹³⁹ Pinto, Ricardo Leite. “*Intimação para um comportamento*”, Edições Cosmos, Lisboa, 1995, pág. 50.

¹⁴⁰ São pressupostos da providência cautelar não especificada: a probabilidade séria da existência do direito ameaçado; o justo e fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, concatenada com o “*periculum in mora*”; a adequação da providência solicitada para evitar a lesão, ou seja, não existir providência específica para o acautelar (cfr.381º do Cód.Proc.Civil) e o prejuízo dela resultante para os requeridos não exceda consideravelmente o dano que com ela os requerentes pretendem evitar (cfr.art.387º nº2 do Cód.Proc.Civil).

determinadas hipóteses, regras pessoais específicas e mais adequadas para as “acções não especificadas”. E acrescentava “só é legítima quando exista uma lacuna”.¹⁴¹

Recorrendo-se neste particular aos autores civilistas, a estes meios de tutela, dá a lei o nome de procedimentos cautelares e não acções, porque eles carecem de autonomia, sustentando ANTUNES VARELA que “*dependem sempre de uma acção já pendente ou a propor, constituindo assim, mero preliminar desta, destinando-se a prevenir o perigo da demora*”.¹⁴² Ou seja para ALBERTO DOS REIS “*visa, apenas, resolver provisoriamente um litígio, que há-de ter solução definitiva na acção principal*”.¹⁴³

As providências cautelares estão necessariamente dependentes de uma acção já pendente ou a instaurar posteriormente. Mesmo para aqueles que consideram os procedimentos cautelares um “*tertium genus*”, entre o processo declarativo e o processo executivo, não deixam de apontar como uma das suas características fundamentais a instrumentalidade e os efeitos de qualquer providência estão dependentes do resultado que for conseguido na acção definitiva e caducam se a acção não for instaurada.

Poderia assim o juiz administrativo decretar a providência cautelar apropriada ao caso desde que, segundo a jurisprudência do STA, se verificassem os seguintes requisitos:

- Probabilidade séria de existência do direito a tutelar (“*fumus bonis juris*”);
- Fundado receio de que outrem cause lesão grave ou de difícil reparação a esse direito;
- Inexistência de outra providência específica para acautelar o direito
- Que o prejuízo resultante da providência não exceda o dano que com ela se pretende evitar.

Como iremos ver encontraremos estes requisitos presentes no juiz comunitário no processo *Zuckerfabrik* (sector do açúcar).

Foi neste quadro legal, e face à mudança de paradigma e às dificuldades ou anseios sentidos pelos operadores do direito que surge um anteprojecto para a *reforma do contencioso administrativo*” que congregou entidades públicas e privadas e diversas individualidades do universo universitário e do foro.

¹⁴¹ Andrade, José Carlos Vieira de. “*A Justiça Administrativa*” (Lições), 3.ª edição, Almedina, Coimbra, Novembro, 2000, págs. 124.

¹⁴² Varela. Antunes, e Outros (J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora), in “*Manual de Processo Civil*”, 2ª. ed., pág.23 e 24.

¹⁴³ Reis. Alberto dos, in “*Código de Processo Civil*” anotado, vol. I. pág. 629.

A propósito deste anteprojecto FERNANDA MAÇAS, numa visão premonitória das alterações que viriam a ser contempladas no diploma final, sustentou que “*numa primeira análise, considera-se que o anteprojecto interpreta bem o mandato constitucional, na medida em que alarga o âmbito da admissão da protecção cautelar dos administrados. Além de enumerar de forma exemplificativa algumas medidas como (...) a intimação para a adopção ou abstenção de uma conduta ...*”, propõe-se a *introduzir uma cláusula geral que permite ... a adopção de quaisquer medidas cautelares adequadas ...*”.¹⁴⁴

Não deixando porém, também, de enfatizar como aspecto negativo que “a intimação para um comportamento continua a ser concebido apenas como um meio puramente acessório”.¹⁴⁵

Para acrescentar que “prevê-se um “*fumus boni iuris*”, um “*periculum in mora*” e, também, a ponderação entre o interesse do recorrente e os interesses públicos ou de terceiros”.¹⁴⁶

Poder-se-à dizer, em síntese, acompanhando a doutrina que a existência, no direito processual, de um mecanismo como o da intimação para um comportamento, permitia que, quando particulares ou concessionários violem normas de direito administrativo ou haja fundado receio de as violarem, o Ministério Público ou qualquer pessoa a cujos interesses a violação cause ofensa digna de tutela jurisdicional peça ao tribunal administrativo de círculo que intime os mesmos a optarem ou a absterem-se de certo comportamento com o fim de assegurar o cumprimento das normas em causa (*art.º 86.º, n.º 1*, da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos). Trata-se de um processo célere, com possibilidade, em casos de especial urgência, de ser proferida decisão provisória (*art.º 87.º, n.º 4*). Na decisão, o juiz determina concretamente o comportamento a impor na intimação e, sendo caso disso, o prazo para o respectivo cumprimento e o responsável por este (*art.º 88.º, n.º 1*), e, nessa mesma decisão, ou em despacho posterior, pode o juiz fixar uma quantia a pagar, por cada dia de atraso e por cada responsável, no caso de não cumprimento da intimação, sem prejuízo da responsabilidade que possa caber (*art.º 88.º, n.os 1 e 3*). Trata-se claramente de uma excepção ao contencioso de mera legalidade. Sendo *normas de direito administrativo* as normas protectoras de certos interesses subjacentes a diversos sectores de actividade e

¹⁴⁴ Maças, Fernanda. “*Reforma do Contencioso Administrativo*”, estudo, relatório, anteprojecto, vol. I a III, M.J. – Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, 2003, pág. 452.

¹⁴⁵ Idem, p. 454.

¹⁴⁶ Idem, p. 463.

podendo este meio ser usado mesmo contra particulares, ele constitui, sem dúvida, um instrumento de potencialidades ainda não completamente exploradas.

Pelo mesmo enfoque se coloca a jurisprudência administrativa quando considera que: “I - O meio processual acessório - intimação para um comportamento - como resulta do disposto no art. 86º da LPTA, destina-se a reagir contra a violação de normas de direito administrativo por particulares ou concessionários impondo-lhes uns determinados comportamentos que virão a ser assegurados por via de processo administrativo, gracioso ou contencioso. II - Este meio processual aparece assim concebido como providência cautelar ou incidente do processo contencioso. E, como resulta do nº 3 da citada disposição, tal incidente é um meio subsidiário ao da suspensão da eficácia do acto, pelo que, sendo os interesses que se pretendem defender na intimação para um comportamento, perfeita e eficazmente tuteláveis por aquela via ...”¹⁴⁷

Uma nota final, para salientar que para além, dos instrumentos graciosos ou contenciosos à disposição do administrado, este poderia se a administração pública demorou a deferir o pedido por ter perdido tempo com diligências inúteis pode este particular ter direito a indemnização pelo facto, cfr. art.º 22.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril - DLMA (Modernização Administrativa).¹⁴⁸

2.3. O MOMENTO POSTERIOR À REFORMA

*“la necessità di servirse del processo per
Ottenerne ragione non deve tornar o danno di
chi há ragione”*

Chiovenda

Em 1 de Janeiro de 2004 entrou em vigor o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pelo artigo 1.º da Lei n.º 15/2002, de 22/2, nos termos do seu artigo 7.º, com a redacção dada pelo artigo 2.º da Lei n.º 4-A/2003, de 19/2. Convém dizê-lo que na redacção inicial do dito artigo 7.º estava prevista a sua entrada em vigor um ano após a data da publicação da primeira das citadas leis, ou seja no dia 22/2/2003.

¹⁴⁷ Ac. do TCA de 26.3.98, no Proc.n.º 860/98

¹⁴⁸ Veiga, Alexandre Brandão da. “Acesso à Informação da Administração Pública pelos Particulares”, Almedina, Janeiro de 2007, p. 33.

o Código aprovado contém relevantes alterações em relação à Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho, e à legislação complementar expressamente revogada através do artigo 6.º da Lei que o aprova. E, perante tal realidade, o legislador fixou uma “*vacatio legis*” inicialmente de um ano e depois diferiu-a por mais 312 dias, para que os utentes do diploma pudessem conhecer em pormenor as disposições nele contidas.

Actualmente, entende-se que a ideia de contencioso deve encerrar uma dimensão institucional e uma adjectiva mais ampla e, no que diz respeito à intimação em particular, é mais alargada em relação ao que era antes da reforma.

Alguma doutrina como a sustentada por WJADIMIR BRITO, considera que “*Há divergência entre os autores quanto ao facto de “o contencioso ser configurado como uma instituição com várias dimensões (a orgânica, a funcional, a material, e a instrumental) em que predomina a dimensão orgânico-funcional. Para outros no contencioso o que predomina é o conjunto complexo e unitário de específicas normas jurídico-processuais que consubstanciam o processo (jurisdicional) administrativo. O contencioso é predominantemente o processo jurídico-administrativo”*”.¹⁴⁹

Foi com este cenário multilateral que no novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos surgiram os processos de intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões e para protecção de direitos, liberdades e garantias, como dois novos meios processuais autónomos, que se caracterizam pela urgência, abreviação, simplicidade.

Esta constatação legal é sublinhada por CARLOS CADILHA que dá conta da existência da “... *intimação judicial para a emissão de alvará (...); intimação judicial para a prática de acto legalmente devido (...); intimação judicial para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões (...); intimação judicial para a protecção de direitos, liberdades, e garantias (...); intimação judicial para um comportamento (...); e intimação judicial urgentes*”.¹⁵⁰

Ora pela sua arquitectura, pelo seu ritualismo, as intimações questionam os tradicionais entendimentos da justiça administrativa e concorrem para a consagração de um novo contencioso marcadamente subjectivo, de jurisdição plena, orientado pela garantia da tutela jurisdicional efectiva e do direito de acesso à justiça em prazo

¹⁴⁹ Brito, Wjadimir. *Lições de Direito Processual Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra Editora, p. 19.

¹⁵⁰ Cadilha, Carlos Alberto Fernandes. “*Dicionário de Contencioso Administrativo*”, Almedina, Dez. 2006, p. 302 a 303.

razoável, a qual implica, antes de mais, uma justiça em "tempo útil", levando a repensar os tradicionais entendimentos da justiça administrativa.

Ao juiz são concedidos poderes especialmente energéticos, permitindo-lhe, através de um processo ainda declarativo, de cognição sumária, formular, com carácter definitivo, injunções à Administração.

Decorreu tal particularidade do facto, como escreveu no pretérito, OSVALDO GOMES, de *"chamar simultaneamente o administrado "cuius res agitur" à participação activa no processo de controle constitui não somente factor de democratização administrativa, mas precisamente uma das conquistas fundamentais da civilização ocidental ("Durchrechtlichung des Staatslebens», no dizer dos Alemães")*.
151

Contudo para FREITAS DO AMARAL *"a estrutura do título IV assenta numa bipartização entre "impugnações urgentes" e "intimações" em cada um destes domínios prevendo o Código duas modalidades de processos (...)". Acrescentando que "as intimações judiciais constituem processos urgentes de imposição que, à partida, tanto se podem dirigir à realização de operações materiais por parte da administração, como à prática de actos administrativos"*.

Concluindo que *"este meio processual urgente tanto pode ser utilizado para obter da administração a adopção ou abstenção de uma conduta ou a realização de uma prestação que não envolve a prática de um acto administrativo (ou ainda a adopção ou abstenção de condutas por particulares), como para obter a própria emissão de um acto administrativo: cfr. art.º 109.º e seguintes (...) a configuração desta intimação como um processo principal não impede, no entanto, que ela continue a poder ser utilizada, quando necessário, como um meio acessório (...) isso mesmo se determina nos artigos 104.º e 106.º"*¹⁵², como se verá mais adiante.

A propósito de um caso julgado no Tribunal de Justiça das Comunidades, FAUSTO QUADROS traz à colação que *"no processo Zuckerfabrik (sector do açúcar) "baseado nas densas conclusões do Procurador-Geral Lenz, o Tribunal de Justiça decidiu por Acórdão de 21 de Fevereiro de 1991, que a aplicabilidade directa do regulamento, assegurado pelo art.º 189.º do Tratado de Roma, não excluía, o poder do juiz nacional suspender o acto administrativo praticado com base num regulamento*

¹⁵¹ Gomes, Osvaldo José, citando Georges Langrod, in *"Fundamentação do acto administrativo"*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Limitada, 1981, p. 10.

¹⁵² Amaral e Outro, Diogo Freitas do. *"Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo"*, 3.ª ed., revisitada e actualizada, Almedina, Junho de 2004, p. 99 a 101.

comunitário, sempre que isso fosse necessário à tutela provisória dos direitos controvertidos. Recusar-se a suspensão nesse caso, diz o tribunal, equivaleria a violar a segurança jurídica e o princípio da protecção da confiança na ordem jurídica comunitária (...). Todavia, fazia depender a concessão de três condições: (...) sérias dívidas (...) urgência para se evitar ao requerente um prejuízo grave e irreparável – é o chamado o “*periculum in mora*” – e adequada ponderação do interesse da comunidade que venha a ficar afectado pela concessão da providência cautelar requerida”.

É neste contexto europeu, ainda, que ISABEL FONSECA trazendo à colação o caso *Zuckertfabrik*, considera também que, desde os casos “*Factorrame*”, e “*Atlanta*”, a “*europaização*”, como que está em marcha, começando a haver “o aparecimento do *ius commune europaeum*” pois “a tutela provisória, que é realizada pelos tribunais comuns de aplicação do Direito Comunitário, é um fenómeno amplamente reconhecido. Os tribunais nacionais ao defenderem a aplicabilidade da Ordem Jurídica Comunitária - quer numa perspectiva objectiva, quer subjectiva — têm vindo a decretar tutela cautelar segundo os mesmos critérios que são ditados pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE). Este tribunal tem «pedagogicamente» esclarecido em que termos o “*periculum in mora*”, o “*fumus boni iuris*” e a “ponderação de interesses”, designadamente, os da Comunidade, devem ser valorados 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”.

Constatando a citada autora que “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 vão concretizando este fenómeno de aproximação jurídica e vão dando origem ao aparecimento do “*ius commune europaeuni*” também em matéria de tutela provisória no âmbito de jurisdição administrativa”.

Para concluir que “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 nacional, em certos casos e preenchidos certos pressupostos, decretar medidas de conteúdo antecipatório (e não somente assegurador) são, portanto, aspectos que enquadram a evolução dos modelos cautelares nacionais que

vão sendo tidos em conta em momentos de reforma e estão reflectidos nos regimes revistos”.¹⁵³

Não será este tripé, independentemente da roupagem semântica, o suporte doutrinário da nova acção de intimação ?¹⁵⁴

Esta parece ser mais uma conclusão do que uma interrogação face à posição de VIEIRA DE ANDRADE para quem “*trata-se de processos urgentes de condenação, que visam a imposição judicial, em regra dirigida à administração, da adopção de comportamentos, e também, designadamente no caso da intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias, para a prática de actos administrativos*”.¹⁵⁵

Decididamente vai longe o tempo em que se identificava lei e direito: - “*a lei é o direito, não há outro direito para além da lei*”.¹⁵⁶ Ou o brocado “*é impossível administrar, se a Administração tiver de respeitar as leis*”; Ou “*existe um antagonismo inevitável entre a administração e a legalidade*”.¹⁵⁷

Toda a reflexão que temos vindo a fazer, “*fiéis à concepção da Administração como uma "potentior persona", como um poder unitário, à maneira clássica do Estado liberal, ou considerá-la, antes, como uma pluralidade de pessoas colectivas, diferentes funcionalmente dos restantes sujeitos jurídicos com que entram em relação, mas umas e outros subordinados ao ordenamento geral que consubstancia e desenvolve a estrutura constitucional do Estado social, ou já post-social*”,¹⁵⁸ mais não faz do que trazer à colação duas alavancas essenciais da actividade administrativa: - legalidade e transparência.

Por princípio da legalidade, na esteira de MARCELO CAETANO, entende-se aquele que “*impõe aos órgãos da Administração Pública uma actuação consoante com a lei, de tal modo que não contenda com interesses alheios, senão em virtude de uma*

¹⁵³ Fonseca, Isabel Celeste M. “*Dos Novos Processos Urgentes no Contencioso Administrativo (função e estrutura)*”, Lex, Lisboa, 2004, p. 17.

¹⁵⁴ Quadros, Fausto de. “*A nova dimensão do Direito Administrativo*”, Almedina, Out. 2001, p. 34 e 35

¹⁵⁵ Andrade, José Carlos Vieira de. “*A justiça administrativa*”, (lições), 9.ª ed., Almedina, Out. 2007, p. 261.

¹⁵⁶ Ribeiro, Vêncio. “*O Estado de Direito e o Princípio da Legalidade Da Administração*”, 2.ª ed., Coimbra Editora Limitada, 1981, p. 11, citando a crítica a esta concepção feita por Castanheira Neves, em *Justiça e Direito*, Coimbra, 1976, p. 9 e segs.

¹⁵⁷ Gomes, Osvaldo José, citando Georges Langrod, in “*Fundamentação do acto administrativo*”, 2.ª ed., Coimbra Editora, Limitada, 1981, p. 9, lembrando que “*entre nós fez carreira o dito de um ministro: A lei está na ponta da minha caneta*”.

¹⁵⁸ Machete, Rui Chancerelle de. “*A execução do acto administrativo*” in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume IV, 1992, p. 65.

norma anterior”.¹⁵⁹ Ou de ROGÉRIO SOARES como “*uma garantia do cidadão contra o arbítrio da Administração*”.¹⁶⁰

Quanto à transparência da acção administrativa, conforme perspectiva de SUORDEM “*(..)aparece-nos como acesso à acção administrativa (e designadamente conhecimento da tramitação do procedimento administrativo) e como acesso aos actos e documentos administrativos singularmente considerados (..) prende-se com o interesse do público na clareza, compreensibilidade, inequívocidade da Administração Pública (..) compreende o dever de fundamentação dos actos administrativos (..) adquire ainda relevo em face da efectiva tutela jurisdicional, a fim de evitar o ónus de impugnação de um procedimento de duvidosa configuração. Através de um comportamento transparente, a Administração Pública vem a realizar, a final, também, a ideia de imparcialidade, de correcção da acção administrativa, beneficiando da possível composição da conflitualidade de interesses entre sujeitos participantes num determinado procedimento administrativo (..)*”.¹⁶¹

Naturalmente, quanto ao que significa um procedimento, sufragamos a posição de ROGÉRIO SOARES no sentido de “*uma série de actos que serão significativos para se alcançar um determinado resultado*”¹⁶² sejam de índole graciosa ou contenciosa.

Em prévia conclusão, direi que, como sucedia até à reforma, naquele quadro pretérito o processo de intimação para um comportamento, tal como era configurado na Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA), era um processo dirigido contra particulares ou concessionários que violassem normas de direito **administrativo**, passou a admitir-se esse mesmo processo, esse mesmo tipo de intimação, contra a Administração.

¹⁵⁹ Marcello Caetano, “*Manual de Direito Administrativo*”, Tomo I, 10.ª ed., Coimbra Editora, Limitada, 1973, p. 28 a 31, 45 e 483.

¹⁶⁰ Soares, Rogério Ehrardt. O “*Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*”, in B.F.D.U.C. vol. LVII, 1981, p. 160 a 191.

¹⁶¹ Suordem, Fernando Paulo da Silva. “*O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais*”, Almedina, 1995, págs.134/135.

¹⁶² Soares, Rogério Ehrardt. “*A execução do acto administrativo*” in Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume IV, 1992, p. 17.

3. - REGIME LEGAL DA INTIMAÇÃO JUDICIAL

*“Justice must not only be done;
if must also be seen to be done.”*

Uma abordagem genérica à classificação dos meios processuais administrativos em geral, mostra-nos que o processo declarativo principal comporta a acção administrativa comum (art.º 37.º a 45.º do CPTA),¹⁶³ e a acção administrativa especial (art.º 46.º a 96.º do CPTA).¹⁶⁴

A este propósito JOÃO CAUPERS sustenta que a “*acção administrativa, dita comum, corresponde às antigas acções administrativas e as acções administrativas especiais são as herdeiras directas do velho recurso contencioso de anulação*”. Para concluir que “ao contrário do processo civil, no processo administrativo contencioso o especial será o mais comum e o comum, o especial”.¹⁶⁵

Aos supramencionados dois grandes meios processuais principais, acrescem ainda, mas tramitados como urgentes, e autónomos relativamente àqueles e também com a natureza de principais o contencioso eleitoral (art.º 97.º a 99.º do CPTA), o contencioso pré-contratual (art.º 100.º e sgs. do CPTA) e, no que aqui interessa, a *intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões* (art.º 104.º a 108.º do CPTA) e a *intimação para a defesa de direitos, liberdades e garantias* (art.º 109.º a 111.º do CPTA).

Podem revestir a forma de *intimação para a adopção ou abstenção de uma conduta por parte da Administração ou de um particular*, designadamente um concessionário, por alegada violação ou fundado receio de violação de normas de direito administrativo, dando lugar à produção antecipada de prova.

Com efeito, a **intimação** de alguém para actuar, mesmo que só provisoriamente, de maneira conforme às “*normas de direito administrativo*” tem como antecedente

¹⁶³ Seguem a forma de acção administrativa comum “*os processos que tenham por objecto litígios cuja apreciação se inscreva no âmbito da jurisdição administrativa e que, nem neste código nem em legislação avulsa, sejam objecto de regulação especial*”(art.º 37.º, n.º 1, reforçado pelo que consta do art.º 460.º n.º 2 do CPC).

¹⁶⁴ Agrega todos os tipos de processos que seguem na propositura, na tramitação, no desenvolvimento subsequente e na decisão final, uma tramitação específica que atende às actuações formais e autoritárias da Administração.

¹⁶⁵ Caupers, João. “*Introdução ao Direito Administrativo*”, 9.ª ed., Âncora, Setembro 2007, p. 326 (100.2).

necessário a falta de uma definição jurídico-administrativa do assunto, ou seja, um “*vacuum*” decisório. Se, porventura, já existir uma pronúncia da Administração sobre a matéria, o interessado na actuação oposta não pode pôr entre parêntesis o acto administrativo produzido e passar ao pedido de intimação. É que é impossível que, sem uma prévia supressão do acto, o tribunal intime alguém a actuar de modo repugnante à definição entretanto introduzida e subsistente na ordem jurídica – pois essa conduta jurisdicional pulverizaria as fronteiras entre os poderes do Estado. Aliás, isso já era inequivocamente assim no domínio das intimações para um comportamento, previstas na LPTA.

E, não se diga que se viola o princípio da tutela jurisdicional efectiva (artº 20º, 202º e 268º a CRP) já que tal princípio, no entender do Tribunal Constitucional “*consiste no direito a ver solucionados os conflitos, segundo a lei aplicável, por um órgão que ofereça garantias de imparcialidade e independência, e face ao qual as partes se encontrem em condições de plena igualdade no que diz respeito à defesa dos respectivos pontos de vista (designadamente sem que a insuficiência de meios económicos possa prejudicar tal possibilidade)*”.¹⁶⁶

Quanto aos *processos cautelares* (ou acessórios) são processos urgentes (art.º 112.º a 134.º do CPTA) e podem revestir a forma de suspensão da eficácia de um acto administrativo ou de uma norma regulamentar; ou de admissão, atribuição, autorização e regularização provisória, respectivamente, em concursos e exames; da disponibilidade de um bem; ao interessado para iniciar ou prosseguir uma actividade ou adoptar uma conduta; de uma situação jurídica, designadamente através da imposição à Administração do pagamento de uma quantia por conta de prestações alegadamente devidas ou a título de reparação provisória.

Finalmente, mostram, por um lado, que visam garantir a utilidade da decisão definitiva que vier a ser proferida pelo Tribunal no processo principal, e, por outro, tem uma natureza acessória ou de dependência em relação aos processos principais, tem uma tramitação muito mais simplificada do que a dos processos principais, em virtude da urgência com que devem ser decididos, sendo processos urgentes o que significa que tramitam nas próprias férias judiciais.

¹⁶⁶ Ac. TC n.º 302/205 (DR. II série, de 10.10.2005).

3.1. - CARACTERIZAÇÃO GERAL

Na introdução que imediatamente precedeu, olhámos para as intimações judiciais, numa perspectiva de conjunto, a que poderíamos chamar de “macroscópicas”, situando-as no art.º 104.º e seguintes do CPTA, pelo que, urge dentro da sua posição sistemática ir mais além, ou mais fundo, descendo a uma observação “microscópica”.

Assim, é um meio processual principal, que corre como urgente e que visa uma condenação através de uma decisão de fundo, encontrando-se tratadas no Título IV agrupadas com as impugnações urgentes.

Sendo um meio processual principal, resulta que nas intimidações judiciais se alcança uma decisão de mérito final e definitiva, não são condicionadas pela interposição de qualquer outro pedido em acção principal, como acontece nas “*providências cautelares*” interposta, nos termos do art.º 104.º CPTA, e que visam a regulação provisória de interesses e para que a acção principal a interpor possa ainda ter efeito útil.

Como processo urgente significa que os prazos correm em férias independentemente de vistos prévios, os prazos de vista ao Ministério Público e de decisão pelo Juiz são encurtados. Porém, diferenciando-se de alguns processos urgentes previstos no Código do Processo Civil, apesar de urgente, o contraditório tem de ser sempre assegurado, conforme decorre do estatuído nos art.ºs 107.º n.º 1 e 110.º, n.º 1 do CPTA.

Pressupõem a violação do direito à informação procedimental (art.º 61.º a 64.º do CPA), a violação do direito de acesso aos arquivos e registos públicos e que essa violação se haja já consumado na falta de resposta a pedido antes apresentado.

No fundo visa-se impor à Administração uma conduta, formal ou material, positiva ou negativa, para assegurar o respeito ou a protecção, em tempo útil, de um direito subjectivo ou mesmo de interesses difusos, ou ainda em outras situações com regime especial em que se mostre necessário impor à Administração, pela via da condenação judicial, determinados comportamentos jurídicos ou materiais.

Estão nesta última situação o caso do art.º 60.º, n.º 2, quando se trate de notificação ou publicação insuficientes de actos administrativos e a Administração, requerida para suprir as insuficiências, o não faça voluntariamente, e do art.º 112.º do decreto-lei n.º 555/99, (republicado), em que pode ser pedida a intimação do Município

para a prática de acto devido em procedimento de licenciamento de operações urbanísticas, a que voltaremos mais adiante.

Quanto à forma adequada, a intimação é formulada em requerimento articulado, sendo que a sua apresentação está sujeita a prazo que se conta, em cada caso, a partir de evento identificado pela lei.

Finalmente, quanto à legitimidade, é reconhecida em função da natureza do pedido.

3.2. - CARACTERIZAÇÃO ESPECIAL

Atento o título IV, capítulo II, secções I (art.º 104.º a 108.º) e II (art.º 109 a 111.º), encontram-se fundamentalmente duas espécies do mesmo género, embora cada uma delas com tramitação própria: - A **INTIMAÇÃO PARA A PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES, CONSULTA DE PROCESSOS OU PASSAGEM DE CERTIDÕES** e a **INTIMAÇÃO PARA A PROTECÇÃO DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS**. Igualmente encontramos, embora sem autonomização legislativa, e por isso só as trataremos mais superficialmente, a título exemplificativo, como sendo a **INTIMAÇÃO PARA SUPRIMENTO DE NOTIFICAÇÃO OU PUBLICAÇÃO INSUFICIENTES OU DEFICIENTES DE ACTO ADMINISTRATIVO** (art.º 104.º, n.º 2 e art.º 60.º, n.º 2, ambos do CPTA), a **INTIMAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ACTO DEVIDO EM PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO DE OPERAÇÕES URBANÍSTICAS** (art.º 112.º do DL. 555/99, de 16/12 – republicado pelo DL. 175/2001), e ainda a **INTIMAÇÃO** (accionada pelo Ministério Público) **QUANDO ESTA VIA SE APRESENTE COMO CONDIÇÃO PARA A OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES, DOCUMENTOS OU CERTIDÕES NECESSÁRIAS AO EXERCÍCIO DA ACCÇÃO PÚBLICA** (art.º 104.º, n.º 2 e art.º 9.º, ambos do CPTA).

A intimação que passaremos a tratar já a seguir é, porventura, aquela que mais labor doutrinário e jurisprudencial tem desencadeado, segundo a abordagem multi-espectral que tenho vindo a fazer.

Tem consagração constitucional no art.º 26.º n.º 2 CRP de que “*A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias*”, deve o Estado proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais, quer dizer “(..) da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas

destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras e lesivas dos mesmos praticadas por terceiros. Daí o falar-se da função de protecção perante terceiros. Diferentemente do que acontece com a função de prestação, o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito fundamental e o Estado (ou uma autoridade encarregada de desempenhar uma tarefa pública) mas entre o indivíduo e outros indivíduos. (..).¹⁶⁷

Ora, como se extrai da jurisprudência quando a Administração Pública se recusa, indevidamente, a prestar uma informação, o efeito jurídico principal e imediato de tal actuação é o incumprimento do dever de informar. O que significa que, nesse caso, «a actuação da Administração não provoca nenhuma alteração na esfera jurídica do particular que não seja a de ver negado o acesso à informação requerida. É certo que se trata de um efeito jurídico, mas o conteúdo do acto da Administração não tem qualquer efeito constitutivo novo, uma vez que a única decisão que a Administração tomou foi a de não cumprir o dever imposto por lei. Não produz efeitos jurídicos na esfera do particular no sentido imediato de unilateralmente provocar aí alterações, transformando a sua esfera de direitos e obrigações. No ensinamento de ROGÉRIO SOARES, existiria acto administrativo se mais do que uma operação volitiva, existisse uma operação intelectual: - “*Encontrar os meios mais adequados para servir o interesse público ...*”.

168

Em preliminar conclusão, reitera-se que, com o novo CPTA, surge o processo de intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, com uma roupagem nova e, como novidade absoluta, o processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, configurando-se cada um, como meio processual principal e autónomo e dir-se-à, também, que se caracterizam pela urgência, abreviação, simplicidade e por concederem ao juiz poderes especialmente energéticos, permitindo-lhe, através de um processo ainda declarativo, de cognição sumária, formular, com carácter definitivo, injunções à Administração. Pela sua arquitectura estas intimações questionam os tradicionais entendimentos da justiça administrativa e concorrem para a consagração de um novo contencioso marcadamente subjectivo, de jurisdição plena, orientado pela garantia da tutela jurisdicional efectiva e do direito de acesso à justiça em prazo razoável.

¹⁶⁷ Canotilho, Gomes. “*Direito Constitucional*”, Almedina, 7ª edição, 2003, pág. 409.

¹⁶⁸ Soares, Rogério E. “*Direito Administrativo*”, Coimbra 1978, p.96.

Como sustentava MARIA DA GLÓRIA GARCIA, com referência às primitivas intimações contenciosas, como aquelas, estas visam “*impedir que se frustrate uma efectiva tutela dos direitos e interesses legítimos dos particulares em face da administração*”.¹⁶⁹

Vejamo-los mais desenvolvidamente.

3.2.1. - INTIMAÇÃO PARA A PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES, CONSULTA DE PROCESSOS OU PASSAGEM DE CERTIDÕES.

Este novo regime tem correspondência com o processo anteriormente previsto no art.º 82.º da LPTA, mas foi transformado num *meio processual principal*, destinado a tutelar o direito à informação, consagrando a orientação jurisprudencial que, nesse sentido, se havia formado, com base em interpretação actualista do citado preceito,¹⁷⁰ e embora de âmbito mais alargado, pode exercer – como decorre do n.º 2 deste artigo 104.º - uma *função instrumental*.¹⁷¹

A primeira precisão a fazer-se é que “*o conceito de informação administrativa, abrange os dados e a informação recolhidos e ou tratados pelo governo e pelas administrações públicas, em virtude de, e tendo em vista o exercício das respectivas missões*”.¹⁷²

O pressuposto para accionar este meio processual reside na satisfação parcial ou omissão devida, por não ser dada integral satisfação aos pedidos formulados no exercício do direito à informação procedimental ou quanto ao direito de acesso aos arquivos e registos administrativos.

A jurisprudência recente do STA tem-se pronunciado no sentido de que a acção de intimação “*é o único meio processual próprio (de carácter impositivo e não de carácter impugnatório) para reagir contra qualquer forma de recusa do direito à informação*”, caso em que a competência é dos ETAF’S e a lei aplicável o CPTA.¹⁷³

¹⁶⁹ Garcia, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. “*Da justiça administrativa em Portugal*” – sua origem, e evolução – Teses, UCatólica, Lisboa, 1994, p. 670.

¹⁷⁰ Almeida, A. Aroso de e Outro (C. A. Fernandes Cadilha), “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, Almedina, 2005, p. 520, sgs.

¹⁷¹ Almeida, A. Aroso de e Outro (C. A. Fernandes Cadilha), “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, Almedina, 2.ª ed., 2007, p. 613, sgs.

¹⁷² Gonçalves, Maria Eduarda. “*Direito da Informação*”, Almedina, Coimbra, 1994, p. 111.

¹⁷³ Ac. STA de 5.07.2007, (rec. 0223/07).

O prazo para a requerer é de 20 dias (art.º 105 .º CPTA) que se contam a partir do decurso do prazo administrativo conferido por lei à entidade requerida sem que esta satisfaça o pedido, do indeferimento expresso do pedido ou da satisfação inadequada ou incompleta do pedido.

A sua apresentação (art.º 106.º CPTA) interrompe o prazo de impugnação judicial que possa decorrer das informações, consultas ou obtenção de certidões a que a Intimação respeitar.

Quanto ao prazo de cumprimento da intimação decretado pelo Tribunal, este deve fixá-lo, se a pronúncia for condenatória, em tempo que não deve exceder os 10 dias (art.º 108 .º, n.º 1 da CPTA).

Finalmente as consequências do incumprimento da intimação, levam à aplicação de uma sanção pecuniária acessória (*art.º 169.º CPTA*), para além da responsabilização civil, disciplinar e criminal (*art.º 159 .º CPTA*).

Note-se que a especial urgência que no caso se verifique pode determinar a adopção de medidas destinadas a satisfazer essa situação. Assim, os prazos processuais podem ser especialmente encurtados ou, em alternativa, realizar-se uma audiência de julgamento no prazo de quarenta e oito horas, finda a qual a decisão será imediatamente adoptada (artigo 111.º, n.º 1 CPTA). E pode ainda efectuar-se a audição do requerido por qualquer meio de comunicação adequado sempre que as circunstâncias o exijam (artigo 111.º, n.º 2 CPTA).

Direi, "*brevitas causa*", invadindo-se terrenos da Constituição da República Portuguesa (CRP), do Código do Procedimento Administrativo (CPA.) e da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto (LADA.), se outra razão faltasse ao exposto, o artigo 268.º, da CRP, consagra no n.º 1, um direito fundamental dos directamente interessados num procedimento administrativo e, no n.º 2, o princípio do arquivo aberto - "*open file*" - ou da administração aberta.

Estes são os dois planos do direito fundamental à informação administrativa - direito fundamental de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias, de cujo regime beneficia.

O direito à informação procedimental e o direito de acesso aos registos e arquivos administrativos - direito à informação não procedimental -, encontram-se concretizados e disciplinados quanto ao seu exercício nos artigos 61.º a 64.º, do CPA, e no artigo 65.º, do mesmo diploma legal e na LADA, respectivamente.

Numa derivação ao CPA, direi que sobre o conteúdo ou extensão deste direito, estabelece o n.º 1, do seu artigo 61.º, ¹⁷⁴ - preceito legal que reproduz textualmente o princípio consagrado no n.º 1, do artigo 268.º, da CRP que *abre o elenco dos direitos dos administrados com o direito à informação administrativa procedimental, prescrevendo os respectivos contornos e requisitos: “os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos e que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas”* -, que os particulares têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos procedimentos em que são directamente interessados, bem como o direito de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.

Decorre, ainda, deste preceito legal que o direito à informação procedimental envolve, também, a indicação do serviço onde o procedimento se encontra, os actos e diligências praticados, as deficiências a suprir pelos interessados, as decisões adoptadas e quaisquer outros elementos solicitados - cfr. n.º 2, do artigo 61.º, do CPA.

Este artigo, “*rectius*” os artigos 62.º a 64.º do CPA., assumiram extrema importância, também no procedimento administrativo gracioso, e derivaram, não de um qualquer momento de inspiração do legislador português mas, conforme JOÃO CAUPERS “*o direito dos interessados de participarem no procedimento é objecto de reconhecimento generalizado, desde logo se apontando, já com um número substancial de anos, uma resolução do Comité de Ministros do Conselho da Europa, a Resolução 77/31, cujo ponto 1.º do Anexo refere expressamente esta participação*”.

Considerando, ao tempo, que “*os exemplos das leis estrangeiras são todos comprovativos da generalização deste direito: a lei espanhola, no art.º 91º, n.º 1, prevê a audição dos interessados no mesmo momento em que a nossa, isto é, após o encerramento da instrução; o art.º 17.º da lei de procedimento administrativo sueca consagra igualmente este direito, mas escolhendo como momento para concretizar a participação, o momento anterior à tomada de decisão; também a lei alemã consagra*

¹⁷⁴ Ac. TCAN de 21/10/2004, Rec. 01131/04: - “O artigo 61º do CPA reproduziu a norma constitucional e, para lhe dar exequibilidade, estabeleceu as condições jurídicas e materiais necessárias para que tal direito possa ser exercido na sua plenitude. Dessa norma resulta claro que os particulares directamente interessados têm o direito a conhecer o “andamento do procedimento”, incluindo-se aí todas as diligências instrutórias realizadas desde o seu início até ao pedido de informação e a “resolução definitiva” que sobre ele for tomada, nas quais se incluem as decisões interlocutórias que afectem a sua esfera jurídica. E embora os direitos estejam interligados, distingue-se a informação administrativa procedimental do direito à notificação e do direito à fundamentação, que visam prosseguir objectivos próprios e distintos dos que pertencem àquele outro direito”.

*este direito, mas aí com uma distinção, uma vez que a participação se efectiva, no procedimento comum, em qualquer momento até à execução do acto administrativo e no procedimento formal, antes da tomada da decisão (artigos 28.º e 66.º); a lei italiana também reconhece este princípio, no art.º 9.º, indo até um pouco mais longe do que a nossa, na medida em que explicita, logo na sua afirmação, que ele acarreta o direito de consultar o processo e o direito de para ele carrear documentos”.*¹⁷⁵

A lei italiana consagra ainda a interessante possibilidade de a decisão administrativa ser objecto de um processo negocial, isto é de a Administração acordar com o particular a formulação final do acto administrativo. Entendeu-se que seria excessivo para o estado actual da Administração portuguesa prever expressamente essa possibilidade. Noutra intervenção se verá, porém, que o alargamento do âmbito da figura do contrato administrativo se situa nesta linha de contratualização crescente da actividade administrativa.

Resulta, assim, que o direito à informação procedimental tem como pressuposto subjectivo a titularidade de um interesse directo no âmbito de um concreto procedimento administrativo - visa permitir àqueles que intervêm num determinado procedimento administrativo o conhecimento das resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas, mantendo-os a par do “*iter*” da formação da vontade administrativa.

Assim, constitui um instrumento que habilita aqueles que intervêm num concreto procedimento administrativo a preparar a sua posição no procedimento administrativo e a melhor controlar a decisão administrativa. Pelo que no âmbito do direito à informação procedimental, a Administração apenas está obrigada a prestar as informações que concorram para a formação, manifestação e execução da decisão administrativa a proferir no âmbito do procedimento administrativo relativamente ao qual o direito à informação é convocado.

Acontece que no âmbito do direito de acesso aos registos e arquivos administrativos – direito à informação não procedimental – o acesso a documentos nominativos é reservado às pessoas a quem digam directamente respeito, a terceiros que destes obtenham autorização ou demonstrem interesse directo, pessoal e legítimo – cfr. artº 8º, da LADA.

¹⁷⁵ Caupers, João. “*Os princípios Gerais do Procedimento e o Direito à Informação*” in “O Código do Procedimento Administrativo”, Seminário, Fundação Calouste Gulbenkian, 18 e 19 de Março de 1992, INA, 1992, p. 55

A reserva, entendida como negação do acesso à informação procedimental e extra-procedimental, direito fundamental formalmente constitucional fora do catálogo da Parte I da CRP e de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias,¹⁷⁶ tem expressão normativa nas disposições de direito substantivo que concretizam os limites próprios dos direitos que podem ser accionados através do processo de intimação previsto nos art.ºs. 104º a 108º CPTA.

Há no entanto o limite de reserva imposto no art.º 8º n.º 2 por referência excludente do n.º 1, da LADA nos termos da qual: - 1. Os documentos nominativos são comunicados, mediante prévio requerimento, à pessoa a quem os dados digam respeito, bem como a terceiros que daquela obtenham autorização escrita; 2. Fora dos casos previstos no número anterior os documentos nominativos são ainda comunicados a terceiros que demonstrem interesse directo, pessoal e legítimo.

Como claramente flui do normativo citado, a regra de acesso a documentos cujo teor se reporte a dados pessoais é a da reserva. Todavia, “(..) a verdade é que o legislador operou uma ponderação dos valores em causa. Os documentos só poderão ser acedidos por terceiros, em duas circunstâncias: ou quando obtenham autorização escrita do titular dos dados pessoais ou desde que demonstrem interesse directo, pessoal e legítimo. (..)”.¹⁷⁷

Naturalmente que, nos termos gerais de direito, a demonstração do interesse directo, pessoal e legítimo é ónus de alegação e prova do sujeito que pretende aceder ao documento nominativo em que o nomeado no respectivo conteúdo é outrem que não o requerente, art.º 342.º n.º 1 C. Civil.

Assim, e a meu ver bem, a doutrina tem-se pronunciado no sentido de que cabe ao interessado alegar e provar que é detentor de uma posição jurídica substantiva face à qual o documento tem relevância jurídica no sentido adjectivo por se configurar como meio de demonstração da realidade de um facto – meio de prova, art.º 341º C. Civil - em que o requerente tem interesse jurídico, ou seja, que o documento em causa constitui um “(..) escrito que corporiza uma declaração de verdade ou de ciência (declaração testemunhal), destinado a representar um estado de coisas, ou uma declaração de

¹⁷⁶ Canotilho, Gomes. “Direito Constitucional”, Almedina, 7ª edição, 2003, pág. 404.

¹⁷⁷ Carvalho, Raquel. “Lei de Acesso aos documentos da administração”, Publicações Universidade Católica – Porto/2000, pág. 40.

vontade (declaração constitutiva, dispositiva ou negocial) destinada a modificar uma situação jurídica pré-existente (...).¹⁷⁸

Sempre por reporte a uma dada relação jurídica material, o interesse no documento nominativo há-de ser actual (*interesse directo*), referir-se a um direito de que alegue ser titular (*interesse pessoal*) e conferido pelo ordenamento jurídico (*interesse legítimo*).

Também a jurisprudência tem-se pronunciado no sentido de que nos termos do art. 7º nº 1 da Lei 65/93 de 26 de Agosto (LADA), o acesso a documentos administrativos de carácter não nominativo é generalizado e livre, não carecendo o requerente sequer de justificar perante a Administração o respectivo pedido.¹⁷⁹ Até por se admitirem certidões e consulta, ainda que de carácter pessoal e reservado, em procedimentos concursais ou semelhantes, quando tais elementos sejam indispensáveis à instrução de recurso de impugnação de actos administrativos praticados em tais procedimentos, pois que de outra forma o interessado não poderá demonstrar a bondade do direito invocado em tal recurso.¹⁸⁰

Também o acesso a documentos nominativos por parte de terceiros com interesse directo, pessoal e legítimo pode fazer-se de acordo com artigo 8º da Lei nº 65/93, derrogando-se o princípio da confidencialidade.¹⁸¹

Finalmente a jurisprudência tem entendido que “*interesse legítimo na informação pretendida é qualquer interesse atendível protegido ou não proibido juridicamente, que justifique razoavelmente dar-se ao requerente tal informação*”.¹⁸²

No entanto, tendo-se presente as palavras de MARCELO DE SOUSA, no sentido em que “*o desenvolvimento da economia capitalista possibilitou o aparecimento de privados em situações de supremacia anteriormente consideradas como típicas do direito público (...) a ideia de consenso deixou de ser estranha para o direito administrativo*”.¹⁸³ parece-nos que fazia todo o sentido a consagração, ou a abertura do regime, como aquele que JOÃO CAUPERS relata processar-se com “*a lei italiana que consagra ainda a interessante possibilidade de a decisão administrativa ser objecto de um processo negocial, isto é de a Administração acordar com o*

¹⁷⁸ Castro. Artur Anselmo de. “*Direito processual civil declaratório*”, Vol. III, Almedina, 1982, pág.309.

¹⁷⁹ Ac. do TCA de 13.11.03, R. 12850.

¹⁸⁰ Ac. do TCA de 1.7.04, R. 149/04.

¹⁸¹ Ac. do STA de 20.5.03, R. 786/03.

¹⁸² Ac. do TCAS de 10.3.05, R. 590/05.

¹⁸³ Sousa e Outro, Marcelo Rebelo de. “*Direito Administrativo Geral*”, Tomo III, Dom Quixote, Maio de 2008, p. 33.

particular a formulação final do acto administrativo". Acrescentando no entanto que *"Entendeu-se que seria excessivo para o estado actual da Administração portuguesa prever expressamente essa possibilidade. Noutra intervenção se verá, porém, que o alargamento do âmbito da figura do contrato administrativo se situa nesta linha de contratualização crescente da actividade administrativa"*.¹⁸⁴

Em prévia conclusão, direi que, neste sentido, entre muitos acórdãos, pode ler-se que "o CPTA, no respectivo art. 104.º, transformou a intimação para a prestação de informações, consulta de documentos ou passagem de certidões num meio processual principal, destinado a tutelar o direito à informação, consagrando a orientação jurisprudencial que, nesse sentido, se havia formado, com base em interpretação actualista da correspondente norma do art. 82.º da LPTA".^{185, 186}

Esta caracterização legal da intimação como meio processual principal tornou inequívoco que ela é o único meio processual próprio (de carácter impositivo, e não de carácter impugnatório) para reagir contra qualquer forma de recusa do direito à informação.¹⁸⁷

De facto, com a entrada em vigor do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, o meio judicial de intimação para prestação de informação passou a ser autónomo e exclusivo dos Tribunais Administrativos, podendo no mesmo ser solicitada a intimação de uma entidade administrativa para prestar informação sobre qualquer matéria ou ramo do direito e no âmbito de qualquer procedimento administrativo, quer autónomo quer pré judicial, pois considerou-se que subjacente ao direito à informação e à correlativa prestação pela Administração, está sempre uma relação jurídica de direito administrativo.

O mesmo já não acontecerá, pelo menos com tanta amplitude, com a intimação para passagem de certidões ou consulta de processos ou documentos, pois o respectivo direito encontra-se previsto e regulamentado nos Códigos que regem as várias jurisdições.

Para além deste tipo de intimação, agora encarada como um meio principal, ultrapassando a sua anterior configuração literal na Lei de Processo nos Tribunais

¹⁸⁴ Caupers, João . "Os princípios Gerais do Procedimento e o Direito à Informação" in "O Código do Procedimento Administrativo", Seminário, Fundação Calouste Gulbenkian, 18 e 19 de Março de 1992, INA, 1992, p. 55.

¹⁸⁵ Ac. do STA de 05/07/07, Rec. 0223/07.

¹⁸⁶ O n.º 3 do art.º 82.º da LPTA permitia a invocação da reserva "para prossecução de interesse público especialmente, designadamente...".

¹⁸⁷ Almeida, A. Aroso de e Outro (C. A. Fernandes Cadilha), "Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos", Almedina 2005, p. 520, sgs.

Administrativos, que a concebia como meio acessório. (*artigo 104.º e sgs. CPTA*), criou-se um novo meio processual destinado a salvaguardar o exercício em tempo útil de um direito, liberdade e garantia denominado “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*” (*artigo 109.º CPTA*), que abordaremos de seguida.

3.2.2. - INTIMAÇÃO PARA PROTECÇÃO DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

Esta é uma das novidades absolutas do novo CPTA: “*a previsão de um processo urgente (quem em certas circunstâncias, pode ser mesmo urgentíssimo: cfr. art.º 111.º) que serve para obter, dentro de um prazo curto, uma intimação que pode ser dirigida contra uma entidade pública...*”.¹⁸⁸

Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE, os direitos fundamentais podem definir-se como sendo os que “*conferem posições jurídicas subjectivas individuais e permanentes, com a finalidade principal de proteger a liberdade e a dignidade das pessoas*”.¹⁸⁹

Segundo o mesmo autor, “*... não deve alargar-se a ideia de uma presunção a favor da dimensão subjectiva – que deve valer apenas na medida em que represente o predomínio natural do direito subjectivo na matéria dos direitos fundamentais – ao ponto de pretender subordinar à lógica dos direitos fundamentais toda a actividade pública. Aquilo que se pode designar como “o fascínio dos direitos fundamentais” transporta por vezes alguma doutrina e também alguma jurisprudência para um “jusfundamentalismo” em que as preocupações de equilíbrio próprias de uma abordagem científico-prática cedem a uma emocionalidade jurídica*”.¹⁹⁰

De acordo com GOMES CANOTILHO, o critério material para determinar quais direitos são fundamentais depende do seu grau de importância sob o ponto de vista dos valores constitucionais da liberdade, democracia e socialização, entre eles necessariamente os que a própria Constituição considera como tais. E neles releva essencialmente a dimensão objectiva (os preceitos constitucionais que os tutelam – art.

¹⁸⁸ Almeida, A. Aroso de e Outro (C. A. Fernandes Cadilha), “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, Almedina, 2.ª ed., 2007, p. 629, sgs.

¹⁸⁹ Andrade, Vieira de. “*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*”, pág. 87.

¹⁹⁰ Andrade, Vieira de. “*Os Direitos Fundamentais no Século XXI*”, em www.us.es/eide/Ponencias/fundamentales.

18º, nº 3), *sem “contudo abstrair do facto de se tratar sempre de direitos fundamentais com sujeito”*.¹⁹¹

Finalmente na esteira de SÉRVULO CORREIA “*A conformação da relação jurídico-administrativa envolve, por definição, ponderação de interesses públicos e de interesses dos administrados. Os portadores destes últimos não poderão ser mantidos de fora do procedimento, sob pena de se tornarem em meros objectos do poder, entidades inaptas para participar em relações jurídicas bilaterais com os titulares do poder, súbditos, em vez de cidadãos*”.¹⁹²

A intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias pode ser utilizada para impor à Administração ou a outros particulares uma conduta positiva ou negativa necessária para garantir o exercício de um direito, liberdade ou garantia (artigo 109.º CPTA).

Reforçando-se a tutela de direitos, liberdades e garantias, determina-se que, quando o particular solicite a emissão de uma acto administrativo de conteúdo vinculado no âmbito deste meio processual, a sentença produz o efeito desse acto (artigo 109.º-3 CPTA).

Como é consabido, para VIEIRA DE ANDRADE, os pressupostos do pedido de intimação são os seguintes: - a necessidade de emissão urgente de uma decisão de fundo do processo que seja indispensável para protecção de um direito, liberdade ou garantia; e que não seja possível ou suficiente o decretamento provisório de uma providência cautelar, no âmbito de um acção administrativa normal, seja comum ou especial.¹⁹³

Isto mesmo resulta dos dispositivos legais que se passam a enunciar.

Os pressupostos assentam na necessidade de uma decisão célere que imponha à Administração uma conduta positiva ou de abstenção como condição para que possa ser exercitado, em tempo útil, um direito, liberdade ou garantia *e não seja possível ou suficiente, na situação em concreto, o decretamento de uma providência cautelar* — 109.º, 1.

No entanto, esta intimação tem particularidades, uma vez que também pode ser dirigida contra particulares, designadamente *concessionários* com vista a suprir a omissão destes de certas providências adequadas *a prevenir ou reprimir condutas*

¹⁹¹ Canotilho, Gomes e Outro (Vital Moreira). “Constituição da República Portuguesa” anotada, 2ª ed., pág. 116 e153.

¹⁹² Correia, Sérvulo Correia. “O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa”, in, “Legislação”, “Cadernos da Ciência da Legislação”, ed. INA, nº 9/10, Janeiro de 1994, págs. 133 e segs.

¹⁹³ Andrade, José Carlos Vieira de. in “A Justiça Administrativa” (Lições), 5ª edição, p. 247.

lesivas dos direitos, liberdades e garantias do requerente da intimação, atento o art.º 110.º n.º 3 do CPTA, e a força jurídica do art.º 18.º da CRP.

A primeira atendendo à *complexidade* da matéria a decidir, pode o juiz determinar que seja seguida a *tramitação constante do capítulo III do título III (acção administrativa especial)* com redução dos prazos a metade.

A segunda porque corporiza um *princípio da elasticidade* quanto aos níveis de urgência. Admite três níveis de urgência dentro dos processos urgentes como são as Intimações - [*em situações de especial urgência, pode o juiz (..)*]: *urgência normal* - 110.º, n.º 1 e 2; *urgência na complexidade* - 110.º, n.º 3; e *situações de especial urgência* - 111.º, todos do CPTA.

Reconhecidas essas situações de "*especial urgência*" é admitida a *audição* do requerido "*por qualquer meio de comunicação que se revele adequado*". Afastamento da "*citação*" formal do 107.º, n.º 1 e da "*notificação*" do 110.º, n.º 1, ambos do CPTA, prevalecendo os princípios da celeridade e da eficácia.

Nesta modalidade de Intimação, qualquer que seja o valor, é *sempre admitido recurso jurisdicional* das decisões de *improcedência do pedido* - 142.º, 3, a) do CPTA.

Contudo, esse recurso tem sempre e apenas efeito meramente *devolutivo* - 143.º, n.º 2 - ainda que, perante danos consequentes desse efeito meramente devolutivo, possa o Tribunal adoptar as providencias adequadas e impor a *prestação de garantias* — 143.º, n.º 4, ambos do CPTA.

Note-se que aqui não estamos no domínio da tutela cautelar, já que a tutela que proporciona o pedido de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias se insere "*num processo de fundo, claramente dirigido a proporcionar a tutela final, que se debruce sobre a relação jurídico-administrativa, e com carácter de urgência*".¹⁹⁴

É preciso ter-se em atenção que a criação de procedimentos jurídicos céleres e prioritários tendentes a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de direitos, liberdades e garantias constituiu, como refere GOMES CANOTILHO, uma das mais importantes inovações da 4.ª revisão da Constituição (Lei Constitucional n.º 1/97), traduzida na imposição constitucional ao legislador ordinário, no sentido da conformação, designadamente, do processo administrativo de molde a

¹⁹⁴ Almeida, Mário Aroso de. "*O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*", 2.ª edição, a págs. 255.

assegurar, por via preferente e sumária, a protecção de direitos, liberdades e garantias.

195

Com efeito, dispõe o artigo 20.º n.º 5 da Constituição 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 tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*”. O que não significa a criação de um qualquer meio cautelar, pois que se pretende a concretização de um direito a processos céleres e prioritários, de forma a obter uma eficaz e atempada protecção contra violações ou ameaças a direitos, liberdades e garantias.

Trata-se, pois, da consagração de “*um direito constitucional de amparo de direitos a efectivar através das vias judiciais normais*”.¹⁹⁶

A concretização desse direito encontra consagração, justamente, artigo 109.º do CPTA, onde se prevê que «*1 – A intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias pode ser requerida quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adopção de uma conduta positiva ou negativa se revele 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, segundo o disposto no artigo 131.º*».

Face a este preceito legal, a utilização do processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias depende dos seguintes requisitos: em primeiro lugar, é necessário que esteja em causa o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade e garantia e que a adopção da conduta pretendida seja apta a assegurar esse exercício; e, para além disso, exige-se, ainda, que a célere emissão da decisão de intimação seja indispensável, «*por não ser possível, nas circunstâncias do caso, o decretamento provisório de uma providência cautelar, segundo o disposto no artigo 131.º*».

Poder-se-ia sempre falar da possibilidade de convolação do pedido de intimação num pedido de decretamento provisório de providência cautelar, nos termos do artigo 131.º do CPTA. Porém, a inexistência de uma situação de urgência, desde logo a afasta. Pois, como decorre da letra deste último preceito legal, o decretamento desta providência cautelar pressupõe igualmente a ocorrência de uma situação de urgência, e a um nível até mais elevado (*especial urgência*), traduzida numa situação de risco de lesão iminente e irreversível de um direito, liberdade e garantia. Neste sentido, e entre

¹⁹⁵ Canotilho, *Gomes Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., p. 506.

¹⁹⁶ Canotilho, *ob. e loc. cit.*

regras relativas à afectação do espaço em conformidade com a definição do interesse público”.²⁰¹

De harmonia com a definição dada pelo art.º 2.º, al. i) do DL 555/99, entende-se por loteamento urbano “*as acções que tenham por objecto ou por efeito a constituição de um ou mais lotes destinados imediata e subseqüentemente à edificação urbana, e que resulte da divisão de um ou vários prédios, ou do seu emparcelamento ou reparcelamento*”.

No anterior DL n.º 289/73, de 6/6, o loteamento urbano era definido como a “*operação que tenha por objecto ou simplesmente tenha por efeito a divisão em lotes de qualquer área de um ou vários prédios, situados em zonas urbanas ou rurais, e destinados imediata ou subseqüentemente à construção*”. Tal operação dependia de licença da câmara municipal.

Da análise deste preceito resulta que eram então dois os requisitos do conceito de loteamento urbano: - um fraccionamento predial (divisão em lotes de um ou vários prédios); um destino – a construção.

Confrontando este conceito com aquele que vem dado pelo citado art.º 2.º, al. i), conclui-se que hoje a operação de loteamento não se esgota na divisão ou constituição em lotes de um ou vários prédios com destino à construção. Analisando os dois preceitos vê-se que o legislador do DL 555/99 não usou a expressão “*construção*”, substituindo-a pela expressão “*edificação urbana*” como destino dos lotes.

A edificação vem definida no art. 2.º a) como “*a actividade ou o resultado da construção, reconstrução, ampliação, alteração ou conservação de um imóvel destinado a utilização humana, bem como de qualquer outra construção que se incorpore no solo com carácter de permanência*”.

Desta definição resulta que no conceito de edificação estão abrangidos quer a construção a fazer, quer a intervenção naquela que já está feita.

O legislador ampliou, portanto, o objecto do loteamento urbano, abrangendo também os prédios com construções já existentes.

Por outro lado, estabelece o artº 4º do Decreto-Lei nº 555/99, de 16 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 177/01, de 04 de Junho, e ainda em vigor, *que estão sujeitas a licença administrativa as obras de construção, de*

²⁰¹ Parecer do Conselho Consultivo da PGR, nº 71/93, “*Plano regional de ordenamento do Território...*” in Revista de Direito Autárquico, Ano 3, n.º 2, Junho de 1994, p. 97.

ampliação ou de alteração em área não abrangida por operação de loteamento nem por plano de pormenor.

Definindo a al. a) do art.º 2.º do Decreto-Lei nº 555/99, de 16 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 177/01, de 04 de Junho, “*como edificação a actividade ou o resultado da construção, reconstrução, ampliação, alteração ou conservação de um imóvel destinado a utilização humana, bem como de qualquer outra construção que se incorpore no solo com carácter de permanência*”; E a al. b) do mesmo preceito legal, “*como obras de construção as obras de criação de novas edificações*”.

Assim, o controlo preventivo levado a cabo pela Administração municipal à actividade construtiva dos particulares foi tradicionalmente efectuado através da designada “*licença de construção*”, acto a propósito do qual a doutrina largamente se questionou sobre a respectiva natureza jurídica: verdadeira *licença ou autorização administrativa*, conforme iremos ver adiante.

A resposta a esta questão encontra-se, desde sempre ligada ao complexo problema da conceptualização do direito de propriedade privada e das faculdades nele contidas, designadamente do “*jus aedificandi*” (*direitos de lotear, de urbanizar e de construir*).

Na doutrina encontramos, por um lado, FREITAS DO AMARAL para quem “*os actos constitutivos de direitos sobre o uso e ocupação do solo são concretizações do “jus aedificandi” e, como tal, parte integrante do direito de propriedade privada, com estatuto de direito fundamental de natureza análoga aos do título II da Parte I da Constituição*”. Ressalvado no entanto que “*daí não resulta que todo o regime dos actos administrativos de deferimento (ou indeferimento) de tais licenças - e, muito menos, dos actos de execução desses actos administrativos - constitua área de competência reservada da Assembleia da República, por força do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Lei Fundamental e do seu artigo 17.º*”.²⁰²

No entanto, esta posição não é de unanimidade na doutrina. Efectivamente, a Escola de Coimbra através de GOMES CANOTILHO e de ROGÉRIO SOARES, tem posição diferente. Ensina o primeiro que “*a constituição não menciona expressamente, entre os componentes do direito de propriedade, a liberdade de uso e fruição. Todavia,*

²⁰² Amaral, Diogo, Freitas do. “*Apreciação da dissertação do Doutoramento do Licenciado Fernando Alves Correia - O Plano Urbanístico e o Principio da Igualdade*”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1991, págs. 99 e segs. e “*Direito do Urbanismo*” (*Sumários*), policopiado, Lisboa, 1993, págs. 67-68

mesmo que se entenda que ele integra naturalmente o direito de propriedade, fácil é verificar que são grandes os limites constitucionais, especialmente em matéria de meios de produção (...)”. Acrescentando na sequência que “limites particularmente intensos a este aspecto do direito de propriedade são os que ocorrem no domínio urbanístico e do ordenamento do território, a ponto de se questionar se o direito e propriedade inclui o direito de construir – *jus aedificandi* – ou se este radica antes no acto administrativo autorizativo (licença de construção).”²⁰³ Enquanto que para o segundo autor, “não se pode afirmar, ao menos nas sociedades hodiernas, um “direito originário à construção”.²⁰⁴

A resposta a esta questão encontra-se desde sempre ligada ao complexo problema da conceptualização do direito de propriedade privada e das faculdades nele contidas, designadamente do “*jus aedificandi*” (direitos de lotear, de urbanizar e de construir), uma vez que se suscitou, a propósito do artigo 62.º da CRP, a polémica relativa à questão de saber se o direito de construir constitui uma imanação do direito de propriedade, ou se é atribuído pelo direito administrativo. Trata-se de um problema fundamental de direito de urbanismo muito discutido na doutrina portuguesa.

No entanto, tenha-se presente, conforme observa JORGE NOVAIS, que “as dúvidas surgem apenas quando, com o advento do Estado social de Direito, se assiste à progressiva dessacralização e relativização do direito de propriedade. De direito quase absoluto (...) vê-se desvalorizado e remetido para um plano que integra conjuntamente e ao lado de muitos outros, um vasto elenco de direitos fundamentais”.²⁰⁵

Esta não é a sede própria para grandes desenvolvimentos, no entanto, face ao exposto, verifica-se que existem dois grupos de autores que defendem teorias contrárias sobre esta problemática: teses publicistas e privatistas.

As teses privatistas (*teses afirmativas*) são perfilhadas em Portugal por Oliveira Ascensão e por Freitas do Amaral e defendem basicamente que o direito de construir é um direito implícito (*integra o conteúdo*) no direito à propriedade privada.

As teses publicistas (*teses negativas*) são defendidas por vários autores, nomeadamente, Rogério Soares, Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fernando Alves

²⁰³ Canotilho, Gomes e Outro (Vital Moreira). “Constituição da República” Anotada, 3ª ed., Coimbra, 1993, anotação ao artigo 62º, pág. 333.

²⁰⁴ Soares, Rogério Ehrhardt, “Direito Administrativo”, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78, Coimbra, 1978, policop., p. 116-117.

²⁰⁵ Novais, Jorge Reis. “Ainda sobre o *jus aedificandi* (...mas agora como problema sw direitos fundamentais”, in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. e 497

Correia e Mário ESTEVES DE OLIVEIRA²⁰⁶ e defendem que o direito de construir não é um atributo do direito de propriedade mas é antes um direito atribuído pela Administração.

Por seu lado, JORGE NOVAIS divergindo de “*uma polémica original e específica do domínio do ordenamento de território e do urbanismo*” considera que a matriz da discussão “*é um problema constitucional e de teoria dos direitos fundamentais e não da legislação infraconstitucional*”.²⁰⁷

Se estas são as posições dos autores, a jurisprudência do Tribunal Constitucional e dos Tribunais Administrativos, inclina-se mais para considerar que *não há nenhum preceito constitucional que tutele expressamente, como direito, liberdade e garantia, o direito a construir, pois no que toca ao “jus aedificandi”, verifica-se que tal direito é sempre de realização condicionada.*²⁰⁸

Pode, assim, afirmar-se que a Constituição não tutela um “*ius aedificandi*” em termos análogos aos direitos, liberdades e garantias, “*como elemento necessário e natural do direito fundiário*”,²⁰⁹ ou seja, aderindo às teses publicistas no sentido de que a Constituição não tutela o direito de construir dentro do direito de propriedade.

A jurisprudência propende para considerar que *não há nenhum preceito constitucional que tutele expressamente, como direito, liberdade e garantia, o direito a construir, pois no que toca ao “jus aedificandi”, verifica-se que tal direito é sempre de realização condicionada.*²¹⁰

O Tribunal Constitucional tem vindo desde há muito a considerar pacificamente que o “*jus aedificandi*”, sem embargo de não possuir tutela constitucional directa no direito de propriedade, deverá ser considerado como um dos factores de fixação valorativa, ao menos naquelas situações em que os respectivos bens envolvam uma muito próxima ou efectiva potencialidade edificativa.²¹¹

²⁰⁶ In “*O Direito de Propriedade e o Jus aedificandi no Direito Português*”, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, publicação semestral, n.º 3, Junho de 1995, IDUAL, Livraria Almedina, p. 161 a 239

²⁰⁷ Ibidem, p. 502. Precisando a fls. 507: - Quanto aos privatistas “*não é porque a lei ordinária prescreve o deferimento tácito do requerimento de autorização que se conclui que o proprietário tinha o jus aedificandi, mas é porque o proprietário tinha esse direito que a lei ordinária prevê o deferimento tácito*”. Quanto aos publicistas, *inibem-se de tratar de forma constitucionalmente adequada o problema “se o direito só surge quando a administração o concede (...) não há como sustentar qualquer necessidade de indemnização...”*.

²⁰⁸ Acórdão do TC n.º 329/99, processo n.º 492/98.

²⁰⁹ Ac. do TC n.º 341/86, publicado no Diário da República, II Série, de 19 de Março de 1987.

²¹⁰ Acórdão do TC n.º 329/99, processo n.º 492/98.

²¹¹ Acs. 52/90, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 51, pág. 191; n.º 381/89, Diário da República, II Série, de 08 de Setembro de 1989, pág. 8983; e n.º 131/88 cit., Revista da Ordem dos Advogados, Ano

Este critério deriva do próprio conceito de justa indemnização e do princípio da igualdade (arts. 62.º n.º 2 e 13.º da CRP),²¹² tendo o Acórdão da Relação de Évora, de 18 de Outubro de 1990, decidido doutamente: - “ O “*ius aedificandi*” deve ser considerado como um dos factores de fixação valorativa, ao menos naquelas situações em que os respectivos bens envolvem uma muito próxima ou efectiva potencialidade edificativa, nomeadamente quando se situam em zona envolvente de cidade em expansão”.²¹³

A este propósito, escreveu-se ainda no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 347/03, de 8 de Julho: - “6.3. O art.º 62.º, n.º 2 da CRP prescreve que a expropriação por utilidade pública só pode ser efectuada com base na lei e mediante o pagamento de “justa indemnização”. Não diz explicitamente, todavia, tal comando constitucional o que deve ter-se por justa indemnização e, muito menos, os factores ou critérios de cuja aplicação a mesma resulta. (...)A questão da densificação do conceito constitucional de justa indemnização e a sua imbricação com o direito de edificar enquanto factor de fixação valorativa, pelo menos naquelas situações em que os respectivos bens envolvam uma muito próxima ou efectiva potencialidade edificativa, já foi objecto de inúmeras decisões deste Tribunal”..

Assim, no Acórdão n.º 194/97, que concluiu pela conformidade constitucional das normas das várias alíneas do n.º 2 do art.º 24.º, precisamente do CE/91, aos princípios da justa indemnização e da igualdade, consagrado no art.º 13.º da CRP, escreveu-se, fazendo uma resenha da evolução legislativa e jurisprudencial verificada²¹⁴: - “5.1. No domínio do Código das Expropriações de 1976 (aprovado pelo Decreto-Lei nº 845/76, de 11 de Dezembro), a questão da justa indemnização a pagar aos particulares pela expropriação dos seus terrenos para fins de utilidade pública foi objecto de inúmeras decisões deste Tribunal, que acabou por declarar inconstitucionais, com força obrigatória geral, os nºs 1 e 2 do artigo 30º daquele Código”.

Ponderou então o Tribunal que, sendo o direito à justa indemnização um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, as restrições que

48, pág. 901; cfr. Ascensão, José Oliveira. “O Urbanismo e o Direito de Propriedade”, in Direito do Urbanismo, INA, 1989, p.p. 325.

²¹² Cordeiro. Menezes e Outro (Teixeira de Sousa), Colectânea de Jurisprudência, 1990/V/22 e segs.

²¹³ Colectânea de Jurisprudência, 1990/IV/292; Ac. da Rel. de Lisboa de 05 de Dezembro de 1991, Proc. 4441, 2ª Secção; Acs. da Rel. do Porto de 21 de Janeiro de 1992, Proc. 297; de 21 de Setembro de 1989, Colectânea de Jurisprudência 1989/IV/200.

²¹⁴ Diário da República, II Série, de 27 de Janeiro de 1999.

lhe forem impostas devem limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesse constitucionalmente protegidos.

Claro é que - como nessa jurisprudência se acentuou - a Constituição não tutela expressamente o direito a edificar como um direito que se inclua, necessária e naturalmente, no direito de propriedade. Apesar disso, porém - sublinhou-se no Acórdão n.º 341/86²¹⁵ e repetiu-se no citado Acórdão n.º 131/88 - "*mesmo naqueles casos em que a Administração impõe aos particulares certos vínculos que, sem subtraírem o bem objecto do vínculo, lhe diminuem, contudo, a utilitas rei, se deverá configurar o direito a uma indemnização, ao menos quando verificados certos pressupostos*". E mais: o *ius aedificandi* "*deverá ser considerado como um dos factores de fixação valorativa, ao menos naquelas situações em que os respectivos bens envolvam uma muito próxima ou efectiva capacidade edificativa*".

No entanto, a adesão a uma das teses em confronto não denega direitos, nem cria ao administrado um vazio decisório em sede judicial face ao silêncio da administração no procedimento urbanístico, como se constatará nos capítulos intitulados "da falta involuntária de licenciamento à intimação judicial" e da "intimação para a prática de acto devido em procedimento de operações urbanísticas".

Pode, assim, afirmar-se que a Constituição não tutela um "*ius aedificandi*" em termos análogos aos direitos, liberdades e garantias, "*como elemento necessário e natural do direito fundiário*",²¹⁶ ou seja, como elemento decorrente do direito de propriedade.

Assim, também consideramos que o "*jus aedificandi*" não pode ser equiparado a um direito fundamental de natureza análoga, aos direitos, liberdades e garantias uma vez que o direito de propriedade não é um direito absoluto, podendo comportar limitações, restrições ou condicionamentos, particularmente importantes no domínio do urbanismo e do ordenamento do território, em que o interesse da comunidade tem que sobrelevar ao do indivíduo, não fazendo o *jus aedificandi* parte do acervo de direitos constitucionalmente reconhecidos ao proprietário, antes sendo o resultado de uma atribuição jurídico-pública, decorrente do ordenamento jurídico urbanístico pelo qual é modelado.²¹⁷

²¹⁵ Diário da República, II série, de 19 de Março de 1987.

²¹⁶ Acórdão do TC n.º 341/86 deste Tribunal, publicado no Diário da República, II Série, de 19 de Março de 1987.

²¹⁷ Ac. do STA de 3/12/2002, proc. n.º 047859; neste mesmo sentido: - Ac. de 11/11/2004, Proc. n.º 0873/03; e de 3/3/2004, Proc. n.º 048296.

3.3.2. - INTIMAÇÃO PARA SUPRIMENTO DE NOTIFICAÇÃO OU PUBLICAÇÃO INSUFICIENTES OU DEFICIENTES DE ACTO ADMINISTRATIVO

Encontra-se esta intimação prevista no art.º 104.º, n.º 2 e no art.º 60.º, n.º 2, ambos do CPTA, porém, ao contrário das duas anteriores, nas condições em que é prevista, assume natureza instrumental quanto à impugnação de acto administrativo através de “*acção administrativa especial*”.²¹⁸

Tem lugar em situações, nomeadamente, em que a *notificação ou publicação do acto administrativo não contenha a indicação do autor do acto, da data ou dos fundamentos da decisão* e, tendo o interessado já requerido o aperfeiçoamento dessa notificação ou publicação, ou certidão do acto com esses elementos, a Entidade obrigada não tenha satisfeito o requerido em tempo.

3.2.4. - INTIMAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ACTO DEVIDO EM PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO DE OPERAÇÕES URBANÍSTICAS

Numa prévia aproximação ao regime das operações urbanísticas, dir-se-à que em 16 de Dezembro foi publicado o Decreto-Lei n.º 555/99, cujo artigo 129.º, alínea a) revogou expressamente o Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro.

Este Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro esteve em vigor, na sua versão original, durante o período compreendido entre o dia 16 de Abril de 2000 e o dia 20 de Julho de 2000, nos termos das disposições conjugadas do respectivo artigo 130.º e do Decreto-Lei n.º 13/2000, de 20 de Julho. Por força deste último diploma, foi repristinado o Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, o qual voltou a vigorar entre o dia 21 de Julho de 2000 e o dia 3 de Outubro de 2001.

Finalmente, foi publicado o Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho que estabelece o novo Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (diploma que revogou definitivamente o Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro e fez alterações

²¹⁸ As formas processuais abrangidas por este tipo de acção, compreendem segundo o art.º 46.º, n.º 2, al. a) a d) do CPTA: - “*Impugnação de actos administrativos com eficácia externa (al. a); condenação à prática de actos administrativos ilegalmente recusados ou omitidos (al. b); impugnação de normas regulamentares (al. c) e declaração de ilegalidade por omissão de normas regulamentares*”.

no Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro), cuja entrada em vigor ocorreu no dia 4 de Outubro de 2001, nos termos do respectivo artigo 130.º.²¹⁹

Uma vez que já abordamos nesta área, a problemática do “*ius edificandi*”, quanto a propósito das posições da doutrina e da jurisprudência administrativa e constitucional, deixaremos o registo de que no último citado diploma legal (DL n.º 177/2001), no Capítulo IV - Garantias dos particulares, no art.º 112.º - (Intimação judicial para a prática de acto legalmente devido), previu-se no n.º 1 que “*no caso previsto na alínea a) do artigo 111.º, pode o interessado pedir ao tribunal administrativo de círculo da área da sede da autoridade requerida a intimação da autoridade competente para proceder à prática do acto que se mostre devido*”. Quanto à tramitação do meio processual encontrava-se prevista no n.º 2 a 10, do citado artigo.

Como foi já referido, este regime legal, cuja entrada em vigor ocorreu no dia 4 de Outubro de 2001, viria rapidamente a ser alterado, conforme o artigo 3.º - Norma de alteração – ficando com as alterações previstas pelo DL. 15/2002, de 22/02, passando o artigo 112.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, que estabelece o regime jurídico da urbanização e da edificação, tem a mesma redacção que a alteração que o precedeu, com a excepção dos arts. 6.º e 7.º, como se verá.

Assim, previu-se no n.º 1 que “*no caso previsto na alínea a) do artigo 111.º, pode o interessado pedir ao tribunal administrativo de círculo da área da sede da autoridade requerida a intimação da autoridade competente para proceder à prática do acto que se mostre devido*”. Quanto à tramitação do meio processual encontrava-se prevista no n.º 2 a 10, do citado artigo.

Nos termos do n.º 2 “*o requerimento de intimação deve ser apresentado em duplicado e instruído com cópia do requerimento para a prática do acto devido. 3 - A secretaria, logo que registe a entrada do requerimento, expede por via postal notificação à autoridade requerida, acompanhada do duplicado, para responder no prazo de 14 dias. 4 - Junta a resposta ou decorrido o respectivo prazo, o processo vai com vista ao Ministério Público, por dois dias, e seguidamente é concluso ao juiz, para decidir no prazo de cinco dias. 5 - Se não houver fundamento de rejeição, o requerimento só será indeferido quando a autoridade requerida faça prova da prática do acto devido até ao termo do prazo fixado para a resposta. 6 - (Na decisão, o juiz fixa prazo,*

²¹⁹ Subtil, A. Raposo e Outros (Manuel Ilhéu, João R. Nóbrega, João Corte-Real), “Legislação do Ordenamento do Território, Urbanização e Edificação” anotado, *Vida Económica*, Outubro, 2007, p. 643.

não superior a 31 dias, para que a autoridade requerida pratique o acto devido) *Na decisão, o juiz fixa prazo, não superior a 31 dias, para que a autoridade requerida pratique o acto devido e fixe sanção pecuniária compulsória, nos termos previstos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos. 7 – (Ao pedido de intimação é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 6.º, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 88.º e nos artigos 115.º e 120.º do Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho) Ao pedido de intimação é aplicável, o disposto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos. 8 - O recurso da decisão tem efeito meramente devolutivo. 9 - Decorrido o prazo fixado pelo tribunal sem que se mostre praticado o acto devido, o interessado pode prevalecer-se do disposto no artigo 113.º, com excepção do disposto no número seguinte. 10 - Na situação prevista no número anterior, tratando-se de aprovação do projecto de arquitectura, o interessado pode juntar os projectos de especialidade ou, caso já o tenha feito no requerimento inicial, inicia-se a contagem do prazo previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º.*

Decorre do exposto que, apesar desta alteração constar do CPTA, o legislador atendeu à especificidade do sector da urbanização e fixou-lhe um regime próprio e distinto do Código que regula estas matérias, embora salvaguardando-se com a introdução de duas normas remissivas, precisamente os art.s 6.º e 7.º, alterados pela redacção dada pelo art. 2.º da Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro.

Numa aparente repetição, procurámos mostrar que o regime instituído pelo DL n.º 177/2001 para o artigo 112.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, em nada foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 15/2002, de 22/02, como não o foi pela entrada em vigor da sexta alteração o mencionado diploma legal, com a alteração prevista na Lei 60/2007, de 4 de Setembro.

Assume particular importância o regime de garantia dos particulares perante o silêncio da administração, previsto nos artigos 111.º, 112.º e 113.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, e mantida com a Lei 60/2007, de 4 de Setembro, sendo certo que no art.º 111.º foi revogada a alínea b) e com efeitos importantes: o deferimento tácito que essa alínea b) agora revogada pela redacção da Lei 60/2007 considerava, passa agora a ser considerado na alínea a), quanto aos antigos procedimentos de autorização que desapareceram, com excepção dos de “utilização” que, mantendo-se, passam a ser acolhidos pela alínea c)

Efectivamente, o silêncio da Administração tem, no procedimento jurídico-urbanístico, uma consideração especial. Embora o dever de agir por parte dos órgãos

competentes se imponha dentro de prazos tidos como razoáveis, podendo a sua violação dar origem a infracções disciplinares dos titulares dos órgãos por não cumprimento dos deveres de zelo e de diligência, a verdade é que a violação de tal dever tem repercussões particulares no procedimento administrativo, pelo que, o ordenamento jurídico entendeu necessário proteger os seus destinatários, juridicizando o silêncio. Naturalmente, os órgãos administrativos não incorrem em infracção disciplinar. Em meu entender a situação apenas se poderá considerar nos casos em que funcionários, actuando no uso de delegação de poderes, assumam competências decisórias com efeitos externos. E mesmo aí, com a reserva de ficar por decidir se um funcionário no exercício de tais funções delegadas, conserva estatuto funcional de origem ou adquire, para essas competências, o estatuto de órgão administrativo. Já que, por princípio, os poderes decisórios estão reservados aos Órgãos, tanto singulares como colegiais.

Assim, decorridos os prazos fixados para a prática de alguns actos especialmente regulados no presente diploma, sem que os mesmos se mostrem praticados, o interessado pode recorrer ao processo regulado no artigo 112.º, tratando-se de um processo principal urgente de natureza especial. E falo em “alguns actos” e não em “qualquer”, por considerar serem apenas os que devam ser praticados em “procedimento de licenciamento” (já a seguir aparece a destringência). Os procedimentos para “utilização” são autorizativos (art.º 4.º, n.º 4) e por isso, ficando abrangidos pela alínea c), não se lhes aplica o art.º 112.º, além do mais, porque, aqui, passa a existir “decisão” ainda que tácita,

Precisando, e uma vez que temos vindo a fazer o cotejo entre licenciamento e autorização, vamos ver cada uma destas figuras.

Assim, tratando-se de acto que devesse ser praticado por qualquer órgão municipal no âmbito do procedimento de licenciamento pode o interessado pedir ao tribunal administrativo de círculo da área da sede da autoridade requerida a intimação da autoridade competente para proceder à prática do acto que se mostre devido.

O requerimento de intimação deve ser apresentado em duplicado e instruído com cópia do requerimento para a prática do acto devido.

A secretaria, logo que registre a entrada do requerimento, expede por via postal notificação à autoridade requerida, acompanhada do duplicado, para responder no prazo de 14 dias.

Junta a resposta ou decorrido o respectivo prazo, o processo vai com vista ao Ministério Público, por dois dias, e seguidamente é conclusivo ao juiz, para decidir no prazo de cinco dias.

Se não houver fundamento de rejeição, o requerimento só será indeferido quando a autoridade requerida faça prova da prática do acto devido até ao termo do prazo fixado para a resposta.

Na decisão, o juiz fixa prazo, não superior a 30 dias, para que a autoridade requerida pratique o acto devido.

O recurso da decisão tem efeito meramente devolutivo.

Decorrido o prazo fixado pelo tribunal sem que se mostre praticado o acto devido, o interessado pode prevalecer-se do disposto no artigo 113.º.

Se se tratar de acto que devesse ser praticado por qualquer órgão municipal no âmbito do procedimento de autorização, o interessado pode iniciar e prosseguir a execução dos trabalhos de acordo com o requerimento apresentado, ou dar de imediato utilização à obra. Ou seja, agora apenas procedimentos de licenciamento – 111.º, alínea a) e não no âmbito de procedimento de autorização.

O início dos trabalhos ou da utilização depende do prévio pagamento das taxas que se mostrem devidas nos termos do presente diploma.

Quando a câmara municipal se recuse a liquidar ou a receber as taxas devidas, o interessado pode proceder ao depósito do respectivo montante em instituição de crédito à ordem da câmara municipal, ou, quando não esteja efectuada a liquidação, provar que se encontra garantido o seu pagamento mediante caução, por qualquer meio em direito admitido, por montante calculado nos termos do regulamento municipal.

A Câmara deve, para os efeitos previstos no ponto anterior, afixar nos serviços de tesouraria o número e a instituição bancária em que a mesma tenha conta e onde seja possível efectuar o depósito, bem como a indicação do regulamento municipal no qual se encontram previstas as taxas.

Caso a Câmara municipal não efectue a liquidação da taxa devida nem dê cumprimento ao disposto no número anterior, o interessado pode iniciar os trabalhos ou dar de imediato utilização à obra, dando desse facto conhecimento à câmara municipal e requerendo ao tribunal administrativo de círculo da área da sede da autarquia que intime esta a emitir o alvará de licença ou autorização de utilização.

A referência a alvará de autorização não tem a ver com o que se passa em resultado do art.º 112.º, mas sim é passagem directa do art.º 111.º, alínea c) quando,

tendo ocorrido deferimento tácito, ocorra recusa de recebimento, de liquidação das taxas e de emissão do alvará. Já não há lugar à intimação para a prática de acto decisório da pretensão (acto devido), mas apenas para a prática de actos de execução do acto de deferimento tácito).

A certidão da sentença transitada em julgado que haja intimado à emissão do alvará de licença ou autorização de utilização substitui, para todos os efeitos legais, o alvará não emitido.

Nessas situações a obra não pode ser embargada por qualquer autoridade administrativa com fundamento na falta de licença ou autorização.

3.2.5. - INTIMAÇÃO (ACCIONADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO)

Tem lugar em situações, nomeadamente, previstas no art.º 104.º, n.º 2, e segundo o regime previsto no art.º 104.º a 108.º, todos do CPTA, dado o Ministério Público ser titular do direito de acção pública que deva ser intentada ou em que deva intervir "*nos termos previstos na lei*" em processos principais ou cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos - art.º 9.º

Com este escopo, sempre que o Ministério Público careça de informações ou documentos de qualquer Serviço da Administração para desencadear as acções que lhe estão cometidas e estes não lhe sejam voluntariamente facultados em tempo após pedido formal nesse sentido, pode utilizar a intimação judicial contra a Entidade que se recusa a facultá-los - art.º 104.º, n.º 2 do CPTA.

PARTE TERCEIRA

4. CONCLUSÃO.

“...a verdadeira barreira entre a liberdade e a servidão passa pelo direito administrativo”.²²⁰

Conforme deixei anotado no capítulo introdutório, cheguei entusiasmado ao termo deste trabalho e, se calhar, não devia porque acumulei mais interrogações e temas para reflexão do que certezas concludentes. De certezas apenas uma, não esgotei o tema, nem as duas valências que o compunham – o licenciamento e a intimação, nos seus procedimentos e consequências.

O objecto definiu o método. As questões suscitadas pelo Direito, e o modo como foram abordadas, regeram-se pela natureza e função do mesmo.

Desde cedo aprendi que Direito é *regulamentação de condutas*. O que significa, partindo da distinção clássica entre teoria e prática, que as normas jurídicas não servem o conhecimento do mundo, mas sim a ordenação de comportamentos, redundando, afinal em normas práticas, ou seja, preceitos sobre condutas.

A distinção, aliás, entre teoria e “*praxis*”, ou seja, entre uma análise dirigida ao conhecimento e uma análise dirigida à ordem da acção, já era corrente na antiguidade.

É dessa análise que, de um lado, se verifica o fenómeno do alheamento com que os particulares encaram o papel da administração preventiva e como apenas se manifestam quando lhes é imposta, no seu interesse, uma conduta pró-activa para o licenciamento, também se verifica como, uma vez contactado pelos particulares, do outro lado, o ente público interage tarde e burocraticamente, por vezes no exercício de uma “*potestas*” que confunde com um “*jus imperium*” que, como tal, não detém, criando ao administrado o direito a intimá-la.

Chegamos, por isso mesmo, a um estágio de princípios fundamentais mais do que propriamente a propostas concretas. Não temos dúvida, por exemplo, de que o mal é remediável, bem como de que o caminho da cura é longo e palmilhado de riscos e

²²⁰ Castro, Osvaldo. Conferência “*A invalidade do Acto Administrativo*”, Ordem dos Advogados (Conselho Distrital do Porto), em 5/6/1986.

contradições, como será sempre a tentativa de conciliar interesses que por vezes se assumem litigiosos e para cuja resolução o contencioso administrativo tem que ser chamado.

A minha formação histórico-jurídica impelia-me, silenciosa e persistentemente, para um apelo à história, no dizer de ANTÓNIO HESPANHA, “*como instrumento de crítica e de heurística. Como um instrumento de crítica, ela revela o carácter epocalmente situado dos paradigmas políticos e jurídicos actualmente dominantes (...). Como instrumento de heurística, ela sugere modelos alternativos de viver o direito e de o relacionar com outras “tecnologias disciplinares”, patenteando, também, as condições sociais, culturais e políticas de que dependem*”.²²¹

Constatai que falar-se de “*crise da lei*” é hoje, e sempre foi, um lugar comum e, *quicá*, acompanhado de suspeição do legislador, relativamente ao aplicador/julgador. Claro que nem sempre se trata de um tópico assaz inocente, antes pelo contrário, nele se insinua um projecto jurídico reformador ou alternativo.

Certo é que as máximas, quer de *Pomponius*: - “*ius civile in sola prudentium interpretatione consistit*”²²², de que o direito consiste apenas na interpretação dos juristas, ou que a lei deve ser interpretada de acordo com os princípios do sistema doutrinal (*ratio iuris*), quer a de que as leis estabelecidas contra estes princípios (*contra tenorem iuris rationis*) são excepcionais (ou mesmo *odiosae*), encontra-se efectivamente arredada do direito contemporâneo em geral, e do direito administrativo em particular.

Conforme já foi citado e, só neste enquadramento se compreendem as palavras de PROSPER WEIL, “*a existência de um direito administrativo é em alguma medida fruto de um milagre*”, mas não se pode concordar, numa leitura desinserida do contexto, com o que se deixa expresso a seguir: - “*mas causa admiração que o próprio Estado se considere “ligado” (vinculado) pelo direito [etimologicamente a lei é aquilo que liga (vincula)] ... Ainda com mais razão, deve considerar pouco normal ver as suas decisões submetidas á censura de um juiz*”.²²³

Esta posição, salvo a devida vénia, só é aceitável para quem não conheça, ou não compreenda, que as leis são corpos a que os juízes dão a alma e o entendimento: - “*Scire lega non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”, conforme advertia

²²¹ Hespanha, António. “*Justiça e litigiosidade: História e Prospectiva*”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Setembro, 1993, p. 7 e 8.

²²² D.I, 2,2,12.

²²³ Weil, Prosper. “*O Direito Administrativo*”, Almedina, 1977, p. 7.

CELSUS, contudo, com a evolução de um “*ius*”, casuístico, directo, aplicado com base nas regras da experiência e do senso comum, sucedeu-lhe a “*lex*”, que nas palavras de JOHN GILISSEN “*tornou-se a principal fonte de direito no séc. XIX. Ela é mesmo, segundo a teoria do positivismo legalista, a única fonte de direito positivo. (...) A lei invadiu o nosso século.*”.²²⁴

Porém, como a revolução francesa constitui um factor capital na história do direito nos países da Europa ocidental, em geral, também no direito administrativo, em particular, foi o seu advento que proporcionou a criação dos tribunais administrativos.

A partir daqui, quanto à função do direito administrativo, a doutrina divide-se entre partidários de concepções mais *objectivistas* ou mais *subjectivas*. Se o epicentro da corrente objectiva foi a França ou a Alemanha, em momentos distintos ou contemporâneos, a génese não deixou de ser a salvaguarda da administração pública dos regimes igualitários do direito privado e tudo o mais, que a história veio a demonstrar, que lhe estava implícito (poderes de autoridade e exorbitância de poderes). Já os defensores da corrente subjectiva estribam-se nos particulares com vista à salvaguarda das suas posições juridicamente relevantes perante a administração.

Convergente com a querela, conforme já citado, REBELO DE SOUSA sustenta que “*na verdade, a discussão está inquinada por novos e velhos fantasmas acerca das posições recíprocas do Estado e da sociedade*”.

No entanto não poderia estar mais de acordo com o autor citado, quando conclui o que parece ser uma verdade insofismável, mas tão difícil de aceitar para os paladinos das duas correntes em confronto:

- “*O direito administrativo não é, assim, apenas da administração ou apenas dos cidadãos, mas de ambos; a sua função é a de permitir a prossecução do interesse público no respeito das posições jurídicas subjectivas dos particulares (cfr. art. 266.º, 1 CRP e art. 4.º CPA)*. Fica a dúvida insanável de qual dos interesses privilegiar quando forem conflituantes.

Será que tinha razão KARL POPPER quando dizia “*temos de tentar adoptar uma atitude altamente crítica em relação àquelas teorias que mais admiramos*”²²⁵ ?

É com este fundo doutrinário, reflectido na lei, mais acentuado para um lado ou para o outro, consoante as épocas, e a “*praxis*” administrativa, que se vão abrindo

²²⁴ Gilissen, John. “*Introdução Histórica ao Direito*”, 4.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Setembro, 2003, p. 417.

²²⁵ Watkins, J.W.N. citando Karl Popper, in “*Ciência e Cepticismo*”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Fevereiro, 1990, p. s/n.

caminhos a um novo raio nas relações entre administração e administrados. Chama-se intencionalmente administrados e, não utentes, beneficiários ou cidadãos, a toda esta massa anónima, a que pertencemos, localizados na matriz alfa numérica de um qualquer software da administração, e que coabita e interage com ela, à distância de um “input” volitivo. Compreendemos as palavras de AROSO DE ALMEIDA quando considera que “a expressão *administrado não é feliz (...) constitui um mero artifício semântico da linguagem normativa*”²²⁶, face aos direitos fundamentais dos particulares, contudo, não tenhamos ilusões, o fiel da balança continua do lado de quem administra, veja-se, só por acaso, a título de exemplo, a administração fiscal e as penhoras electrónicas.

Acentuam-se nestas situações que os objectivos dos particulares e as tarefas das pessoas colectivas públicas revelam, por conseguinte, temporalidades conflitantes: aqueles, exactamente em contradição com estas, têm sempre a maior urgência em suspender as decisões que suspeitam lesar os seus interesses e em fazer sair os actos e as prestações que lhe são devidos, e nestes casos só através da intimação da administração.

Assim, nesta tensão entre a salvaguarda dos interesses colectivos a cargo da administração pública e a defesa dos direitos fundamentais dos particulares, no âmbito do seu “*status activae civitatis*”, em que foi preciso aguardar mais de uma dezena de anos, após o 25 de Abril, pela intimação da administração ligada aos valores da máxima publicidade do agir administrativo, através dos direitos dos administrados à informação sobre o funcionamento do aparelho administrativo, bem como à consulta de documentos ou passagem de certidões, mas também aos arquivos e registos administrativos, após a revisão constitucional de 1989.

Hoje, mais concretamente com a entrada em vigor do CPTA, apesar do parto lento e difícil, estamos já a jusante do diploma que introduziu a figura, inovadora, da intimação no contencioso administrativo, e em que se quer ver tratada, no plano processual, a administração em plano de igualdade com o opositor, que pode ser uma pessoa singular ou colectiva.

Na esteira da jurisprudência do Tribunal Constitucional e como elemento estruturante do princípio do contraditório “*em que se procura também realizar a igualdade de armas entre os sujeitos do processo, cada um apresentando os seus argumentos e as suas provas, submetendo uns e outros ao controlo das razões e das*

²²⁶ Almeida, Mário Aroso de. “Os direitos Fundamentais dos Administrados após a Revisão Constitucional de 1989”, in Revista “Direito e Justiça” da F.D.U. Católica Portuguesa, vol. VI, 1999, p. 287 a 326.

função mais digna e haverá futuro mais interessante do que aquele que aguarda pelo juiz cautelar?! Vamos esperar para ver como o juiz os agarra...”.²³⁵

Faço votos para que pelo menos que não se ouça FLORBELA ESPANCA quando clama “(...) *Corações, almas que choram // Almas iguais à minha, almas que imploram // Em vão remédio para tanta mágoa !* “. ²³⁶

Se mais não for porque, como advertia CELSUS, “*o problema do direito é a realização da justiça...*”.²³⁷

²³⁵ Fonseca, Isabel Celeste M. “Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo”, função e estrutura, Lex, Lisboa, 2004, p. 111.

²³⁶ Florbela Espanca, “Árvores do Alentejo” in Charneca em Flor, transcrito no Boletim da Junta Nacional da Cortiça, Lisboa, n.º 59, Setembro de 1943, p. 475.

²³⁷ Justo, António Santos. “*Jornadas Romanísticas*”, Colloquia II, Stvdia ivridica 70, Coimbra Editora, 2003.

64. **SUBTIL, A. RAPOSO** e Outros (Manuel Ilhéu, João R. Nóbrega, João Corte-Real), "Legislação do Ordenamento do Território, Urbanização e Edificação" anotado, *Vida Económica*, Outubro, 2007
65. **SURDEM, FERNANDO** Paulo da Silva. "O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais", Almedina, 1995.
66. **TAVARES, Luís VALADARES**. "O novo quadro legal da administração pública": inovação e mudança cultural, INA, depósito legal n.º 213190/04.
67. **VARELA. ANTUNES**, e Outros (J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora), in "Manual de Processo Civil", 2ª. ed., pág.23 e 24.
68. **VEIGA, Alexandre BRANDÃO DA**. "Acesso à Informação da Administração Pública pelos Particulares", Almedina, Janeiro de 2007.
69. **VEIGA, CATARINA**. "Considerações Sobre a Relevância dos Antecedentes Criminais do Arguido no Processo Penal, Almedina, Coimbra, 2000.

A nível INTERNACIONAL

70. **WEIL, Prosper**. "O Direito Administrativo", Almedina, 1977.
71. **RIVERO, Jean**. "Direito Administrativo", Almedina, 1981.
72. **PARADA, RAMON**. "Derecho Administrativo", I, 4ª ed., 1992.
73. **ENTERRIA, GARCIA** e outro (Tomas-Ramon Fernandez), "Curso de Derecho Administrativo", II, Madrid, 1993.
 *- "Curso de Derecho Administrativo", I, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 1999.
 **- "Curso de Derecho Administrativo", vol. I, 5ª Ed., Editorial Civitas, Madrid, 2000.
74. **FALLA, F. Garrido** "Tratado de Derecho Administrativo", vol. I, 11ª edição, Tecnos.
75. **GIANNINI, M. S.** "Diritto Amministrativo", vol. II, 3ª ed., Milano, 1993.
76. **GILISSEN, JOHN**. "Introdução Histórica ao Direito", 4.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Setembro, 2003.
77. **GOURNAY, Bernard**. "Introdução à Ciência Administrativa", Publicações Europa-América, 1978.
78. **POTENZA, G. Landi-G.** "Manuale di Diritto Amministrativo", 10ª ed., 1997.
79. **SIDGWICK**, "The methods of Ethics, 6.ª ed., London, 1901.
80. **WATKINS, J.W.N.** citando Karl Popper, in "Ciência e Cepticismo", Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Fevereiro, 1990

JURISPRUDÊNCIA

81. Ac. TC n.º 341/86 deste Tribunal, publicado no Diário da República, II Série, de 19 de Março de 1987.
82. Ac. TC de 4 de Novembro de 1987 *BMJ* 371 .
83. Ac. TC n.º 329/99, processo n.º 492/98.
84. Ac. TC de 29/3/99, *BMJ* 359.
85. Ac. TC n.º 198/2007, de 14.03.2007 - Diário da República, 2.ª série, n.º 96, de 18.05.2007.
86. Assento do STJ n.º 1/2003, publicado no Diário da República, Série I-A, de 25 de Janeiro
87. Ac. Pleno de 06.03.2007 - Rec. 873/03.
88. Ac. STA de 23/3/62 - AD. 8/9, 1066.
89. Ac. STA, de 5/5/1992, (rec. – 25.349).
90. Ac. STA, de 94.06.29, Proc. 315859.
91. Ac. STA, de 20/10/98, da 2.ª subsecção do CA, (rec. 044267).
92. Ac. STA de 5.07.2007, (rec. 0223/07).
93. Ac. TCA de 26.3.98, no Proc. n.º. 860/98 .
94. Ac. TCAS, 2º Juízo, 1ª secção, proc.º n.º 03487/08.
95. Ac. TCASul, proc.º n.º. 03601, de 3.04.2008.
96. Parecer nº 18/81 da Comissão Constitucional, em *Pareceres da Comissão Constitucional*, vol. 16º.
97. Parecer nº 36/89, publicado no "Diário da República", II Série, de 25 de Maio de 1990.
98. Pareceres n.ºs 38/92, 42/92, 49/92, 55/92 e 3/93, respectivamente de 10/3/93, 11/2/93, 22/10/93 e 11/4/93.
99. Parecer do Conselho Consultivo da PGR, nº 71/93, "*Plano regional de ordenamento do Território...*" in *Revista de Direito Autárquico*, Ano 3, n.º 2, Junho de 1994.
100. Pareceres do Conselho Consultivo da PGR, n.ºs 134/85 de 16 de Julho de 1997, não publicado 25/94, de 12/1/1995, não publicado e 19/2001, de 22 /11/2001, publicado no Diário da República, II Série, de 8/2/2002.
101. Parecer do Conselho Consultivo, nº 33/98, de 28 de Maio de 1998, publicado no Diário da República, II Série, nº 197, de 27 de Agosto de 1998.
102. Parecer do Conselho Consultivo n.º 186/2001, de 20 de Março de 2002, publicado no Diário da República, II Série, nº 53, de 4 de Março de 2003.