

**Intervenção do Presidente do Supremo Tribunal Administrativo
Conselheiro Manuel Fernando dos Santos Serra
Na sessão de Abertura do Colóquio “Medidas Cautelares no Novo Contencioso Administrativo”
Organizado pelo Supremo Tribunal Administrativo e
pela Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Lisboa, 2 de Março de 2007**

É com grata satisfação que assinalo, esta manhã, na Universidade Católica Portuguesa, a abertura do colóquio “Medidas Cautelares no Novo Contencioso Administrativo”, sobretudo quando o faço na ilustre companhia do Magnífico Reitor desta Casa de Saber, a quem me unem relações de profunda admiração que a amizade e a reciprocidade do respeito, pessoal e institucional, têm logrado, ano após ano, consolidar.

Esta minha satisfação sai reforçada pelo facto de estarmos perante uma iniciativa conjunta do Supremo Tribunal Administrativo e da Escola de Direito de Lisboa desta Universidade, cujo Director, o ilustre jus-publicista Prof. Doutor Luís Fábrika, também membro do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, merece uma referência especial pela excelente organização deste evento.

Um evento que parte da convicção – por mim inteiramente partilhada – de que todos os profissionais do foro – designadamente, académicos, magistrados e advogados – devem estabelecer entre si sólidas parcerias, para que possam trabalhar, em conjunto, na clarificação dos muitos e complexos novos institutos jurídicos nascidos da mais recente reforma do contencioso administrativo, assim se corresponsabilizando, solidariamente, pelo futuro, que é já presente, da justiça administrativa em Portugal.

Foi aliás esta mesma convicção nas vantagens mútuas da cooperação entre tribunais e faculdades, jurisprudência e doutrina, que enformou o empenho colocado pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, Conselheiro Rosendo Dias José, na realização deste colóquio, no que foi acompanhado pela Senhora Conselheira Isabel Jovita, que teremos ocasião de ouvir discorrer, mais logo, sobre as realidades da aplicação da tutela cautelar nos Tribunais Administrativos e Fiscais de Lisboa e de Almada, a que a Senhora Conselheira preside, com notável profissionalismo, de há três anos a esta parte.

Minhas Senhoras e meus Senhores,

O domínio da tutela urgente e, muito em particular, o regime da tutela cautelar foi aquele capítulo do novo contencioso administrativo em que mais se ousou inovar, rompendo-se decididamente com paradigmas do passado.

Por essa mesma razão, não é hoje de estranhar que a nova tutela cautelar, com todas as suas potencialidades, virtudes e fragilidades, permaneça na ordem do dia, sobretudo face às múltiplas dúvidas que nos vão sendo suscitadas no momento crítico do confronto da lei com as peculiaridades, sempre únicas, dos já muitos casos concretos submetidos a juízo.

Da premência das questões rodeando a tutela cautelar dão-nos, aliás, testemunho os já vários livros e muitos artigos sobre ela publicados, um dos quais tive, de resto, a honra de prefaciar, da autoria da Mestre Sofia Henriques, docente da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, versando sobre a tutela cautelar não especificada no novo contencioso administrativo português, e outro, um brevíssimo estudo, da minha própria autoria, publicado muito recentemente num volume de homenagem ao saudoso Prof. Doutor Sousa Franco.

A tutela cautelar é, todos o sabemos, um instrumento essencial à gestão do tempo no processo, destinando-se à prevenção de lesões decorrentes da demora processual e à garantia daquele tempo razoável de ponderação que é afinal o tempo indispensável à prolação da sentença justa.

Um tempo, porém, em que a demora do processo tende a ser já não apenas fisiológica, mas também patológica, o resultado inevitável de uma combinação explosiva entre a massificação do acesso aos tribunais e a ausência de uma verdadeira cultura jurídica preventiva, que continua a condenar à judicialização a esmagadora maioria dos litígios, mesmo as mais insignificantes questões jurídicas.

Frente a este cenário de congestionamento dos tribunais, que é ainda, infelizmente, o cenário actual, parece encontrar-se acrescidamente justificada a prioridade concedida, em sede de reforma, ao duplo objectivo de conferir efeito útil à sentença judicial e de atribuir sentido presente aos direitos e interesses que o tribunal reconheça ou decrete, designadamente através do reconhecimento de uma tutela jurisdicional cautelar potencialmente plena que viesse aproximar o modelo legal ao modelo constitucional, expressamente afirmado, desde 1997, na letra da nossa Lei Fundamental.

Foi pois num claro gesto de ruptura com a escassez passada que o novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos consagrou amplamente a tutela cautelar administrativa, resgatando-a, para tal, ao monopólio quase exclusivo do instituto suspensão de eficácia do acto administrativo, que fôra por muitos, excessivos anos, o contraponto natural de um contencioso administrativo também ele centrado no recurso de anulação, enquanto via processual aproximadamente única para assegurar os direitos e interesses legítimos dos administrados.

Consequentemente, hoje vivemos num “admirável mundo novo”, em matéria de tutela cautelar, um mundo em que os particulares ou as entidades administrativas podem solicitar, em cumulação ou alternativa, já não apenas algumas, mas todas e quaisquer providências cautelares que se mostrem essenciais à garantia da efectividade do processo principal, sendo este manancial de possibilidades o corolário lógico da adopção de uma generosa cláusula aberta, prevendo expressamente a possibilidade de se adoptarem providências cautelares não especificadas, desde que a sua adequação seja provada e não invadam o espaço reservado de discricionariedade da Administração.

De um regime de tutela cautelar acentuadamente deficitário e manifestamente incapaz de dar resposta à diversificação das formas de actuação da Administração, passámos assim, subitamente, a um sistema de protecção cautelar muito abrangente, acolhendo medidas cautelares quer de tipo conservatório, quer de tipo antecipatório, que valem já não apenas relativamente ao acto com efeitos positivos, mas em relação a todas as demais modalidades de actuação administrativa, designadamente os actos de conteúdo negativo, as normas, os regulamentos, os contratos, as operações materiais e as cada vez mais importantes formas de actuação informal típicas da multiplicidade de administrações de que se faz hoje a nossa outrora monolítica Administração.

Mas como todos os outros “admiráveis mundos novos” descritos nas fábulas futuristas, também o mundo da nova tutela cautelar administrativa encerra os seus perigos.

A passagem de uma tutela insignificante a uma tutela potencialmente plena não poderia deixar de constituir uma tentação para os interessados, que perante a abundância repentina se sentiram dispostos a lançar mão destes novos mecanismos para tentar obter, não apenas em situações excepcionais, mas na generalidade dos casos, a maior, mais rápida e mais cabal tutela que lhes podia ser oferecida sob os auspícios do novo, e claramente favorecedor, regime cautelar.

O resultado foi aquele que seria de esperar: a inundação da jurisdição administrativa com pedidos cautelares, estimando-se que, em muitos tribunais de círculo, cerca de 30% das acções administrativas especiais sejam hoje antecidas de um processo cautelar, uma percentagem de processos cautelares deveras elevada e muito superior à verificada a nível do contencioso civil, cuja apreciação absorve já quase por completo os novos juízes da jurisdição.

É pois em nome da salvaguarda tutela jurisdicional efectiva que se impõe hoje, e com urgência, que a tutela cautelar seja reconduzida àquelas situações em que seja efectivamente devida, e que, mesmo aí, dela não se espere, ou retire, mais do que aquilo que, por natureza, se lhe encontra reservado.

Dir-se-á, porventura, que os números dos processos cautelares administrativos entrados desde 2004 relevam apenas do impacto inicial da novidade, pelo que, com o passar do tempo, será de esperar que a corrida à reforma refreie e a tutela cautelar encontre, senão naturalmente, ao menos pela mão reparadora dos juízes, o seu ponto de equilíbrio.

Permitam-me, porém, que mantenha um certo cepticismo crítico em relação a esta evolução.

E sem que me queira erguer num qualquer “Velho do Restelo”, teimosamente alheio às inúmeras virtudes do novo regime cautelar, lançarei a debate algumas questões que me parecem pertinentes no momento em que se discute uma possível revisão selectiva do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Aqui ficam, pois, essas questões:

Terão, por um acentuado receio de nos deixarmos atolados no imobilismo passado, os processos cautelares sido definidos e acolhidos com excessiva liberalidade no âmbito do novo regime processual, podendo dizer-se que se encontra hoje demasiadamente favorecido o decretamento de providências?

Encontrar-se-ão suficientemente determinados os limites da tutela cautelar, decorrentes do carácter próprio deste tipo de processo, designadamente da sua natureza meramente instrumental, provisória e sumária?

Ou serão muitas, demasiadas diria, as situações em que, por falta de clareza do novo regime, se hesita em saber se o meio processual adequado para acautelar o interesse ou direito invocado é um processo cautelar, um processo urgente principal ou até um processo normal, destinado a resolver as questões de fundo, fora de um quadro de especial urgência?

Mais ainda, dada a reconhecida complexidade do sistema de tutela urgente adoptado, não serão de clarificar legislativamente as modalidades de articulação entre providências cautelares e restantes processos urgentes, designadamente impugnações e intimações, bem como as modalidades de interligação entre os processos cautelares e os processos céleres, de cognição sumária, que tantas hesitações, e tão flagrante discordância, têm gerado?

Semelhantes questões vêm sendo, de resto, colocadas ao nível da correcta interpretação e adequada aplicação dos critérios de concessão da providência, nomeadamente, no referente à determinação dos conceitos de “fundado receio”, “facto consumado” e de “prejuízo de difícil reparação” necessários à aferição do perigo de demora processual (*periculum in mora*).

Paralelamente, se a elevação do *fumus boni iuris* a critério central na atribuição da providência veio pôr cobro a um dos mais importantes efeitos perversos da presunção de legalidade da actividade administrativa, o certo é que, na prática, isso tem conduzido a que os requerentes transportem para o processo cautelar quase toda a matéria de facto e de direito que pretendem fazer valer no processo principal, na ânsia de demonstrarem inequivocamente a existência desse mesmo *fumus*, o que vai transformando os processos cautelares em processos de tal forma pesados e trabalhosos que é de perguntar se, tomada a decisão relativamente à providência, haverá algo mais a resolver no âmbito do processo principal.

Por aqui se vê, mais uma vez, o quão importante é que as providências cautelares sejam vigorosamente reconduzidas àquele papel que lhes é próprio, exigindo-se, muito em particular, uma auto-contenção do juiz cautelar quanto aos meios de prova a admitir e às diligências probatórias a ordenar no âmbito do respectivo processo.

Finalmente, e porque a hora já vai algo adiantada, resta-me fazer uma breve referência aos novos poderes concedidos ao juiz cautelar administrativo, desde a possibilidade de ordenar diligências de prova que repute essenciais à possibilidade de decretar outras providências, em cumulação ou em substituição das providências requeridas, à garantia de cumprimento da providência ou mesmo à penalização por uso indevido do processo, para citar apenas alguns, mas significativos, exemplos.

Poderes tão amplos que muitos observadores viram aí criado um “super-juiz”, alimentando, assim, receios de que a linha-limite entre a necessidade de julgar actuações administrativas e a proibição de administrar viesse a ser frequentemente transgredida, e desse modo desrespeitado o princípio da separação de poderes, trave-mestra do Estado de Direito.

Três anos decorridos sobre a entrada em vigor da reforma, o que nos é dado concluir a este propósito?

Assistirá razão a quem, olhando para as realidades da nova tutela cautelar administrativa, vislumbra sérios perigos de judicialização da política, por intromissão indevida dos juizes na margem de livre apreciação e decisão da Administração?

Ou será que a razão pertence aos que, bem pelo contrário, lamentam que não se tenha ido mais longe, sobretudo que não se tenha consagrado expressamente poderes substitutivos, permitindo ao juiz cautelar administrativo praticar os actos ou operações materiais indispensáveis ao cumprimento de uma decisão cautelar que a Administração se recuse atender?

É, pois, esta a última das questões que deixaria à vossa consideração, na certeza de que, ao longo deste dia de intenso debate, luz será feita sobre muitas das interrogações, dúvidas ou simples perplexidades que todos nós sentimos sempre que nos é dado avaliar o trajecto recente, imberbe ainda, do nosso novo regime de tutela cautelar.

E se tal clarificação fôr conseguida, não será conquista de somenos, pois assim se divisará, também, com maior exactidão, onde e em que condições se imporá, num futuro próximo, adaptar a lei processual administrativa às exigências, entretanto visíveis, da nossa prática judiciária.

Reafirmando, à vista disso, a minha inteira confiança na proficuidade dos trabalhos que se seguem, lançaria a todos os presentes um último, mas firme, repto:

Que todos os presentes saibam dar continuidade, nos mais diversos fóruns, ao contraponto criativo de perspectivas múltiplas, por vezes convergentes, outras saudavelmente discordantes, que aqui, por um dia, criticamente se cruzarão.

Obrigado pela vossa atenção.