

Intervenção do Presidente do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais
Conselheiro Manuel Fernando dos Santos Serra
Colóquio organizado pelo *Centro de Estudos Judiciários*
“Os poderes do juiz no âmbito do CPTA e os limites da Justiça Administrativa”
Lisboa, 30 de Maio de 2007

É com grato prazer que neste início de tarde partilho da palavra com a Directora do Centro de Estudos Judiciários e o Director do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Universidade de Coimbra, nesta sessão de abertura de um colóquio em que, ao longo de dois dias, se ponderam os limites da Justiça Administrativa, à luz dos novos e amplos poderes que o juiz administrativo adquiriu no âmbito do novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Entre as prioridades de actuação definidas pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, ocupa lugar de destaque a formação dos seus juízes no uso tecnicamente correcto e humanamente sensato dos poderes jurisdicionais que lhes estão cometidos, condição *sine qua non* da qualidade da justiça prestada a quem aos tribunais administrativos se dirige em busca de protecção jurisdicional.

Daí que o Conselho veja com renovado optimismo este tipo de iniciativas, em que a nossa escola de magistrados, um prestigiado instituto universitário de investigação e pós-graduação e o órgão superior de gestão e disciplina dos juízes da jurisdição administrativa e fiscal oferecem conjuntamente a sua face a um ciclo de palestras em que estão já sobre a mesa, a aguardar dissecação, alguns dos mais importantes novos campos de actuação que se abriram, em sede de reforma, ao juiz administrativo, e que vão já alterando a paisagem das relações entre os particulares e os poderes públicos, os poderes públicos e os tribunais.

A recente reforma do contencioso administrativo distinguiu-se pelas profundas inovações garantísticas introduzidas nas relações particulares-Administração e pelo aumento substancial dos poderes de cognição reconhecidos aos tribunais administrativos e fiscais, com vista à concessão da plenitude ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, no quadro de uma reconfiguração, também ela profunda, da noção de núcleo essencial da função administrativa e do princípio da separação de poderes, que deixaria de decretar a proibição de imposição de comportamentos à Administração, desde que respeitada a livre margem de apreciação e decisão administrativas, essencial à prossecução contextualmente sensível do interesse público.

Com efeito, a possibilidade legalmente estabelecida de dedução de todo o tipo de pretensão, desde que fundada em normas e princípios jurídicos, veio colmatar anteriores vazios de protecção jurisdicional, típicos de um contencioso de mera anulação, bem como exigir, reflexamente, que os tribunais administrativos passassem a deter o poder de emitir todo o tipo de pronúncias, com ressalva daquelas que se imiscuam no domínio da discricionariedade administrativa, isto é, naquele domínio reservado à formulação de juízos de mérito, conveniência ou oportunidade do agir administrativo, que são essenciais à concretização do poder-dever da Administração de realizar justiça no caso concreto.

Acontece, porém, que a velha máxima de que “onde há discricionariedade não há controlo judicial e onde há controlo judicial não há discricionariedade” enfrenta hoje claras dificuldades de adesão à realidade, onde predominam os casos intermédios ou miscigenados, onde os actos administrativos são apenas parcialmente discricionários, podendo pois ser controlados quanto aos aspectos de legalidade que os rodeiam e delimitam, quer interna, quer externamente.

Discricionariedade e controlo judicial não devem, de resto, ser entendidos como realidades opostas.

Bem pelo contrário, o controlo judicial da actividade administrativa discricionária, quando incidente não sobre o seu conteúdo, mas sobre o *modo* como o poder administrativo vem exercitado, é nada mais, nada menos do que essencial à garantia do exercício não arbitrário desse mesmo poder, dentro daqueles limites que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Dada a nova complexidade assumida nas relações entre poderes executivo e judicial, sobretudo em resultado do aprofundamento do controlo jurisdicional do princípio subjacente à especificidade do direito administrativo – i.e., a discricionariedade, é hoje indispensável ir-se para além de velhas máximas, de utilidade reduzida, para se apostar, agora, na definição de critérios de controlo claros e sobretudo consistentes do ponto de vista jurídico, que permitam aos tribunais administrativos garantir, na prática, a realização da justiça efectiva de que a nossa Constituição tão categoricamente nos fala.

Entre os novos poderes de plena jurisdição atribuídos ao juiz administrativo em sede de reforma, assumem especial importância os poderes de condenação e consequentes poderes de substituição de que passou a usufruir, sendo-lhe hoje permitido proferir sentenças de condenação à prática de actos administrativos legalmente devidos, que tanto se podem traduzir numa condenação no puro dever de decidir, no exercício de poderes discricionários, quanto na condenação à prática de um acto com um determinado conteúdo, como ainda na determinação das vinculações a observar na prática do acto administrativo em causa.

Poderes robustos, mas também comprovadamente essenciais, para resgatar o cidadão à vontade, por vezes relutante e arbitrária, da Administração em lhes concretizar, ou não, direitos através da prática de actos administrativos que por lei, e no juízo independente dos tribunais, lhes são efectivamente devidos.

Porque em particular o poder de substituição - isto é, o poder de os tribunais se substituírem à vontade da Administração quando esta não atenda às suas obrigações, implica que o próprio tribunal produza uma sentença que encerra o valor do acto não praticado pelos poderes públicos, mas ainda assim legalmente devido - este poder de substituição veio suscitar receios de sub-rogação do juiz na função administrativa.

Mas também aqui a questão que se coloca não é tanto uma questão de legitimidade da existência de um poder de substituição judicial que, em caso de não cumprimento voluntário da sentença por parte da Administração, e desde que não se imiscua em áreas de livre apreciação subjectiva, é decerto indispensável ao restabelecimento do equilíbrio funcional entre os diferentes poderes do Estado, mas é, antes, a questão mais subtil da intensidade e desejável alcance deste poder de substituição, que importa juridicamente densificar.

Semelhantes receios de transformação do juiz em administrador, por eventuais excessos de activismo judiciário, foram sendo colocados a propósito dos novos poderes conferidos ao juiz administrativo no domínio da adopção de medidas cautelares, que se estendem hoje à intimação da Administração a realizar prestações de fazer ou não fazer, de pagar ou de dar, e que podem ir mesmo até à condenação da Administração a não praticar um acto administrativo.

Os novos poderes do juiz cautelar são de facto múltiplos e manifestam-se quer no decurso do processo cautelar, quer já na fase da decisão, quer ainda na garantia de cumprimento da providência e penalização por uso indevido do processo, designadamente, pela decisiva fixação de uma sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo titular do órgão competente da entidade requerida, pela possibilidade, hoje acolhida, de condenação do requerente ao ressarcimento de danos causados ao requerido e eventuais contra-interessados, desde que com dolo ou negligência grosseira, e pela importante faculdade processual de condenar qualquer das partes por litigância de má fé.

Poderes sem dúvida extensos, que agora assistem ao juiz cautelar administrativo, e que dele exigem a permanente busca de um equilíbrio difícil, mas vital, entre intento e contenção, já que é precisamente na aplicação de medidas cautelares, possivelmente potenciada pela menor rigidez na aferição dos respectivos critérios, que hoje mais se faz sentir a tensão entre, por um lado, o dever de julgar e, por outro, a proibição de administrar.

No domínio das providências cautelares potencialmente mais intrometidas na actividade da Administração, destacam-se seguramente as providências de conteúdo positivo ou antecipatório, que buscam obter, antes que o dano aconteça, um bem a que o particular tenha direito, e cuja concessão imprudente poderia conduzir a uma situação gravosa de paralisia generalizada da Administração Pública, com o conseqüente impacto negativo sobre a realização do interesse público, sendo pois vital que a doutrina continue a trabalhar no sentido de dotar o juiz cautelar daqueles critérios que lhe permitam conceder ponderadamente este tipo de providências, com destaque para aquela que levanta, porventura, mais problemas – a intimação.

Tal como é essencial, de resto, o contributo dos nossos mais reputados administrativistas para a clarificação das fronteiras, ainda muito disputadas, entre a tutela cautelar e a intimação para a protecção dos direitos, liberdades e garantias, uma delimitação tanto mais difícil quanto se encontra prevista a possibilidade de antecipação da decisão principal, quando o juiz conclua que a tutela da questão concreta não se compadece com a adopção de uma mera providência cautelar.

Por aqui começa, aliás, este colóquio.

E pela craveira dos jus-publicistas que o integram, desde o primeiro ao último painel, não correrei qualquer risco em afirmar que, no final de dois dias de discussão, serão bem mais nítidas as fronteiras de actuação da nossa **Nova Justiça Administrativa**.