

A TUTELA PREVENTIVA DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS: O PODER DE CONDENAÇÃO À NÃO EMISSÃO DE REGULAMENTOS

**Uma Análise à Luz do Regime Jurídico Alemão
*“vorbeugende Unterlassungsklage”***

Ana Rita Grenha

www.cedipre.fd.uc.pt

 [/fduc.cedipre](https://www.facebook.com/fduc.cedipre)

A TUTELA PREVENTIVA DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS: O PODER DE CONDENÇÃO À NÃO EMISSÃO DE REGULAMENTOS

Uma Análise à Luz do Regime Jurídico Alemão “*vorbeugende Unterlassungsklage*”

Ana Rita Grenha

Trabalho apresentado ao Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do XV Curso de Pós-Graduação em Justiça Administrativa e Fiscal



TÍTULO	A Tutela Preventiva dos Tribunais Administrativos: O Poder de Condenação à Não Emissão de Regulamentos Uma Análise à Luz do Regime Jurídico Alemão <i>“vorbeugende Unterlassungsklage”</i>
AUTOR(ES)	Ana Rita Grenha
IMAGEM DA CAPA	Coimbra Editora
COMPOSIÇÃO GRÁFICA	Ana Paula Silva
EDIÇÃO	CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-528 COIMBRA PORTUGAL Tel.: +351 916 205 574 E-mail: cedipre@fd.uc.pt
PARA CITAR ESTE ESTUDO	A Tutela Preventiva dos Tribunais Administrativos: O Poder de Condenação à Não Emissão de Regulamentos — Uma Análise à Luz do Regime Jurídico Alemão <i>“vorbeugende Unterlassungsklage”</i> , CEDIPRE Online — 45, http://www.cedipre.fd.uc.pt , Coimbra, julho de 2022

A TUTELA PREVENTIVA DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS: O PODER DE CONDENAÇÃO À NÃO EMISSÃO DE REGULAMENTOS

Uma Análise à Luz do Regime Jurídico Alemão “*vorbeugende Unterlassungsklage*”

Ana Rita Grenha
Advogada

I. Introdução. II. Parâmetros de Validade Regulamentar – Nota Prévia. III. A Questão da (In)Competência dos Tribunais Judiciais para o Controlo da Validade Regulamentar. IV. A Tutela Preventiva dos Tribunais Administrativos: Uma Análise à Luz do Regime Jurídico Alemão; 1. A Ação de Omissão (*Unterlassungsklage*) – A Ação Geral de Defesa (*allgemeine Abwehrklage*). 2. A Ação de Omissão Preventiva (*vorbeugende Unterlassungsklage*): Características e Requisitos de Admissibilidade; 2.1. Contra Ato Administrativo – Breve Aceno. 2.2. Contra Normas Jurídicas: O Poder de Condenação à Não Emissão de Regulamentos; V. Conclusão

"Penso que a jurisdição administrativa portuguesa tem finalmente a oportunidade para cumprir plenamente as suas atribuições, que correspondem à função própria do poder que constitui num Estado de Direito."*

J.C.VIEIRA DE ANDRADE

Aproveito a ocasião para deixar uma sentida palavra de reconhecimento, ao Prof. Doutor Pedro Costa Gonçalves.

Pelos ensinamentos e pelo apoio, um dos melhores professores que tive.

* J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «*Tutela Cautelar*», in: CJA, n.º 34, 2002, p. 53.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

<i>BGB</i>	[<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>] Código Civil Alemão
<i>BRRG</i>	[<i>Beamtenrechtsrahmengesetz</i>] Lei-Quadro Alemã da Função Pública
<i>BVerwG</i>	[<i>Bundesverwaltungsgericht</i>] Tribunal Administrativo Federal Alemão
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CJA	Cadernos de Justiça Administrativa
CPA	Código de Processo Administrativo
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DESC	Direitos Económicos, Sociais e Culturais
DLG	Direitos, Liberdades e Garantias
<i>GG</i>	[<i>Grundgesetz</i>] Lei Fundamental da República Federal da Alemanha
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
<i>VwGO</i>	[<i>Verwaltungsgerichtsordnung</i>] Código de Processo nos Tribunais Administrativos Alemão
<i>VwVfG</i>	[<i>Verwaltungsverfahrensgesetz</i>] Código do Procedimento Administrativo Alemão

RESUMO

Cuida este trabalho da missão de dar a conhecer ao leitor, de certa forma, o estado atual da justiça administrativa preventiva, no ordenamento jurídico português. Fazendo-se, mais propriamente, a análise da temática de um eventual poder de condenar a Administração à não emissão de regulamentos, quando em causa esteja a emissão de normas provavelmente lesivas de direitos e interesses legalmente protegidos. Incide, esta abordagem, em grande medida, na análise comparativa do ordenamento jurídico alemão com o ordenamento jurídico português.

Concluímos que, para se garantir o Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva, deverá afirmar-se a tutela preventiva dos Tribunais Administrativos Portugueses, assim como o reforço dos poderes do juiz administrativo.

Palavras-Chave: *vorbeugende Unterlassungsklage*; Omissão preventiva; Regulamentos.

ABSTRACT

This essay focuses on the mission of making the reader aware, in a certain way, of the current situation of the preventive administrative justice, in the portuguese legal system. More specifically, we analyze the thematic of an eventual power to condemn the Administration to the non-issuance of regulations, when the issuance of norms potentially harmful to legally protected rights and interests is likely to happen. This approach largely corresponds to the comparative analysis between the german legal system and the portuguese legal system.

We concluded that, in order to guarantee the Principle of Effective Judicial Protection, the preventive protection of the Portuguese Administrative Courts should be asserted, as well as the reinforcement of the powers of the administrative judge.

Keywords: *vorbeugende Unterlassungsklage*; Preventive omission; Regulations.

I. Introdução

Uma antevisão da nossa ordem de trabalhos desde logo se pode intuir, a partir da inscrição com a qual intitulamos este estudo. Tratamos, no presente, de abordar o tema da tutela preventiva dos Tribunais Administrativos, uma problemática que mexe de forma sensível com o poder da Administração Pública, provocando o Princípio da Separação de Poderes, e esticando o Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva, mas ainda, a nosso ver, dentro do âmbito de extensão da flexibilidade que lhe é devida.

É nossa pretensão, pois, desmistificar a existência desta tutela preventiva, tendo em vista a elaboração de uma contribuição de valor, para uma evolução no sentido da sua petrificação, no nosso sistema jurídico. Em requerida economia de exposição, focamos o nosso estudo no Poder de Condenação à Não Emissão de Regulamentos – ou, em outros termos, Poder de Condenação à Omissão (ou Abstenção) de Normas Regulamentares –, por ser tema que não se tem por frequente.

Com efeito, revela-se de antemão que o poder de condenação à não emissão (ou alteração) de normas é, hoje em dia, a única menção típica de poder do juiz administrativo, que não se encontra prevista no âmbito do art. 37.º do CPTA¹, isto é, que não se afigura, expressamente, no âmbito das competências dos Tribunais Administrativos Portugueses. Esta opção legislativa intrigou o nosso espírito, ao ponto de nos levar a questionar se haverá fundamento justificativo atualmente procedente para tal conjuntura jurídica, e se não existirão situações práticas que estejam a ser negligenciadas com esta falta de previsão legal.

Depois de breve reflexão, começaram a manifestar-se os casos em relação aos quais, categoricamente, poderia estar em falta este tipo de tutela². Quer porque os regulamentos se apresentam desconformes com a *Lei* e com o *Direito*³, revelando-se jurisdicionalmente inválidos e

¹ Cfr. J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 19.ª ed., Alameda, Coimbra, 2022, p. 210, nota de rodapé n.º 520.

² Surgindo desde logo – e apenas a título exemplificativo – situações de manifesto menosprezo legislativo, perante a necessidade de tutela preventiva, em casos que digam respeito às normas emitidas no âmbito do urbanismo e planeamento do território, que no seio do nosso ordenamento jurídico revestem a forma de regulamentos (v.g. situações controvertidas de competência para a sua emissão, ou de provável lesão nos direitos dos administrados).

³ A propósito desta “dupla vinculação” da Administração “à lei” e “ao direito”,

potencialmente lesivos de direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados, quer porque a sua emissão, pela entidade em causa, viola, em termos procedimentais – pela ilegalidade formal das normas –, ou em termos de conteúdo – pela ilegalidade substancial das mesmas –, a autonomia ou competências próprias de uma outra pessoa coletiva de direito público, ou de um outro órgão da Administração Pública (ou outro membro de um mesmo órgão).

Estas considerações fazem-se no contexto da dispersão organizativa de uma Administração Pública descentralizada. Situação conjuntural que tem vindo a adquirir indiscutivelmente maior relevo, tendo em conta a crescente pulverização organizacional da Administração Pública e algumas formas de privatização funcional.

Consideramos, assim, cada vez mais importante procurar dar uma resposta eficaz a estas situações conflituais, não nos parecendo, pois, que ainda se possa considerar razoável, em determinados casos, ter que se esperar que os regulamentos sejam emitidos e entrem em vigor – e portanto que acabem inevitavelmente por produzir os efeitos lesivos que já eram previsivelmente expectáveis (e que podem mesmo acabar por ser irreversíveis) – para, apenas posteriormente, ser possível impugnar esses mesmos regulamentos, ou as normas neles inseridas.

Estas questões, e respetiva problemática, reconduziram-nos ao ordenamento jurídico alemão, onde o mecanismo da condenação à não emissão (ou alteração) de regulamentos (ou normas regulamentares) se encontra previsto como possível. Procuramos, assim, fazer uma abordagem temática, de modo crítico e apreciativo, que tem como pano de fundo o regime jurídico alemão.

Com efeito, na presente exposição crítica, revisitaremos, primeiramente, certas questões prévias, mais ou menos assentes na doutrina portuguesa, de relevante pertinência prática para o nosso temário principal, para, de seguida, centrar-nos o nosso estudo no seu objeto primário.

Esperamos, em convicção, que a presente explanação abra horizontes a um novo paradigma, sabendo que abonará, porventura, a nosso favor, a abordagem de uma ordem jurídica que nos serve, frequentemente, de exemplo.

cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2019, p. 367.

II. Parâmetros de Validade dos Regulamentos – Nota Prévia

O artigo 143.º do CPA, com a epígrafe “Invalidade”, elenca o conjunto de normas que constituem os parâmetros de validade dos regulamentos administrativos. Conjunto esse que, no seu sentido amplo, poderá ser denominado por “bloco de legalidade” regulamentar⁴. Dispõe o n.º 1 do referido artigo que “São inválidos os regulamentos que sejam desconformes com a Constituição, a lei e os princípios gerais de direito administrativo ou que infrinjam normas de direito internacional ou de direito da União Europeia”⁵. Este preceito não veio acrescentar novidades substanciais ao enquadramento normativo dos regulamentos, já existente aquando da sua entrada em vigor, seja em face da doutrina, seja em face do Direito Constitucional vigente. Com efeito, do n.º 2, do art. 266.º da CRP – artigo que se faz corresponder à “Carta Ética da Administração Pública”⁶ – decorre, desde logo, a subordinação dos regulamentos, como normas oriundas de órgãos da Administração, à Constituição, à lei e aos princípios gerais de direito administrativo, designadamente aos princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé⁷.

É, em todo o caso, no contexto deste sinóptico enquadramento normativo, que o facto de o regulamento se configurar, simultaneamente, uma forma de atuação administrativa e um “instrumento de direção geral” (*Breitensteuerungsinstrument*) – isto é, um conjunto de normas jurídicas emitidas no exercício da função administrativa –, desperta questões delicadas

⁴ CARLOS BLANCO DE MORAIS, «Novidades em Matéria da Disciplina dos Regulamentos no Código de Procedimento Administrativo», in: O Novo Código do Procedimento Administrativo, Conferências do CEJ 2014-2015 – Jurisdição Administrativa e Fiscal, Outubro de 2016, p. 186.

⁵ O n.º 2 do mesmo preceito legal completa o disposto no número anterior, acrescentando que “são também inválidos: a) os regulamentos que desrespeitem regulamentos emanados dos órgãos hierarquicamente superiores ou dotados de poderes de superintendência; b) os regulamentos que desrespeitem os regulamentos emanados pelo delegante, salvo se a delegação incluir a competência regulamentar; c) os regulamentos que desrespeitem os estatutos emanados ao abrigo de autonomia normativa nas quais se funde a competência para a respetiva emissão”.

⁶ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 558.

⁷ Também no que tem que ver com o Direito Internacional Público convencional e direito derivado da União Europeia, a prevalência das correspondentes normas sobre os regulamentos desde logo defluiu, respetivamente, do n.º 2, e dos n.ºs 3 e 4, do art. 8.º da CRP.

no que à sua validade diz respeito⁸.

Com efeito, uma das grandes problemáticas que se colocam, no âmbito da questão dos parâmetros de validade dos regulamentos, tem de imediato que ver com a observância, por parte dos mesmos, dos “princípios gerais de direito administrativo”, que explicitamente o CPA inclui no referido “bloco de legalidade” regulamentar⁹.

No contexto desta problemática, assumiu o STA¹⁰, a nosso ver com excessiva prudência, uma visão restritiva da incidência paramétrica dos princípios de direito administrativo nos regulamentos, considerando que a respetiva legalidade deve reportar-se somente à lei ordinária de que procedem¹¹. Este tribunal tem vindo, ainda, a considerar que a ofensa de princípios que a Constituição consagre, a par do CPA, para vincular a Administração – como, por exemplo, a ofensa ao princípio da proporcionalidade –, deve ser aferida pelo Tribunal Constitucional e não pela jurisdição administrativa¹². Posição, esta, que tem sido objeto de duras críticas por determinados setores doutrinários, que a consideram redutora ou compressiva do princípio da legalidade. A fundamentação deste setor doutrinário, com o qual concordamos, prende-se, essencialmente, com o facto de a especial densidade que o princípio da legalidade reveste, no âmbito dos regulamentos administrativos – porquanto a lei constitui, em princípio, o fundamento do poder regulamentar –, não poder obliterar o respeito pelo (mais amplo) princípio da juridicidade da atuação administrativa, entendendo-se no sentido de se afastar a posição que tem vindo a ser defendida pelo STA (como propugnam os Acórdãos referenciados), de acordo com a qual “a ilegalidade dos regulamentos consiste *sempre* na infidelidade deles relativamente à sua fonte legal imediata”, a qual coincide com a “lei permissiva da edição do regulamento”¹³.

Consideramos, assim, também nós, que a validade do regulamento não depende apenas da sua compatibilidade com a sua lei habilitante,

⁸ Assim como relativamente ao seu procedimento e à sua força jurídica; *Cfr.* ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, «Os Princípios Normativos são Parâmetro de Vinculação dos Regulamentos?», *in*: Estudos sobre os Regulamentos Administrativos, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 261.

⁹ CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, pp. 186 e 187.

¹⁰ *Cfr.* Acórdão de 30-9-2009 (Proc.º 0220/05) e Acórdão de 18-11-2010 (Proc.º 0220/05).

¹¹ Procurando valorizar, desta forma, a discricionariedade administrativa, na concretização dos espaços de liberdade deixados por essa mesma lei.

¹² CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, p. 187.

¹³ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *op. cit.*, pp. 263 e 264.

mas exige a observância e o respeito dos vários parâmetros a que o mesmo se encontra vinculado, podendo mesmo, em certos casos, a invalidade dos regulamentos administrativos resultar autonomamente da ofensa de princípios normativos¹⁴. A submissão dos regulamentos ao princípio da juridicidade administrativa (isto é, a submissão dos regulamentos *ao Direito*) postula uma sujeição do exercício do poder regulamentar a todas as normas formal-hierarquicamente superiores (onde avultam, desde logo, a Constituição e a lei)¹⁵. Esta vinculação é inerente ao Princípio de Estado de Direito.

De todo o modo, a problemática da subordinação dos regulamentos aos princípios normativos não se traduz numa manifesta novidade. Atendendo ao facto de os regulamentos estarem subordinados à lei com diferentes graus de vinculação, variando estes, de acordo com o tipo de modalidade do regulamento¹⁶ – e apresentando-se a reserva de lei, não só como fundamento¹⁷, mas também como limite ao exercício do poder regulamentar¹⁸ –, recordemo-nos que já AFONSO QUEIRÓ na sua conceção dos limites ao poder regulamentar, abrangia os princípios jurídicos fundamentais não escritos, os princípios constitucionais escritos e os princípios gerais de direito administrativo, sendo que a sua não observância implicaria a “violação de lei”.

É a propósito destes limites que o autor faz acrescer uns outros, de oportuna pertinência para o nosso objeto de estudo, e que importa, portanto, também relembrar.

¹⁴ Trata-se de uma consideração que assume uma relevância fundamental quando em causa estejam regulamentos independentes ou regulamentos autónomos, cuja habilitação legal se circunscreve, *ex definitione*, à delimitação da competência objetiva e subjetiva para a respetiva emissão. Estas categorias de regulamentos nunca poderiam estar isentas da observância de outros parâmetros de validade.

¹⁵ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *op. cit.*, p. 265.

¹⁶ Sendo máxima nos regulamentos de execução e atenuando-se nos restantes. No caso dos regulamentos independentes, a lei em concreto deverá ser substituída pelos princípios gerais de direito administrativo.

¹⁷ Não existe competência regulamentar externa que não se encontre baseada na lei. O poder regulamentar é um *poder público* – e não existe poder público que não seja o poder supremo (a Constituição ou a lei) ou que se não baseie no poder supremo. O poder regulamentar, enquanto poder público, não pode, pois, deixar de ter o seu fundamento jurídico na lei (constitucional ou comum), expressa ou implicitamente. *Cfr.* AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, «*Teoria dos Regulamentos*», 2.^a parte, *in*: Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXVIII, Livraria Almedina, Coimbra, pp. 11 e 12.

¹⁸ Na medida em que a Administração não poderá editar regulamentos (independentes ou autónomos) no domínio dessa reserva, a não ser que se tratem de regulamentos de execução.

Desde logo, não podem, por princípio, existir regulamentos que disponham retroativamente. Assim o exigem: o respeito pela competência das autoridades administrativas no tempo, o respeito pelos direitos adquiridos e pelos atos jurídicos perfeitos, assim como o facto de só os órgãos soberanos – cuja competência é diretamente conferida pela Constituição – poderem estatuir com retroatividade¹⁹.

É igualmente devido recordar, relativamente aos limites do poder regulamentar, que cada autoridade ou órgão só pode, evidentemente, elaborar os regulamentos para cuja feitura a lei lhe confira competência, não podendo invadir as esferas de competência de outras autoridades ou órgãos (competência subjetiva). Por outro lado, e já no que às exigências formais diz respeito, na elaboração do regulamento deverá ser observado o processo administrativo aplicável ao caso concreto, assim como na sua elaboração deverá, também, visar-se a finalidade que determinou a atribuição do poder regulamentar (competência objetiva). E por fim, aquando da sua edição, deverá ser adotada a forma prevista pelo direito vigente²⁰.

Nesta brevíssima referência aos limites do poder regulamentar, importa, por último, voltar a nossa atenção para o parâmetro de vinculação da conformidade dos regulamentos com a nossa Lei Fundamental – que em nada obsta as nossas anteriores considerações relativamente aos princípios gerais de direito administrativo, enquanto parâmetros autónomos de vinculação dos regulamentos.

Com efeito, de imediato se verifica, que podem, os regulamentos, violar normas constitucionais de competência, de processo e de for-

¹⁹ Compreensivelmente, têm eficácia retroativa os regulamentos de leis retroativas, os regulamentos que a lei preveja deverem ou poderem ter eficácia retroativa, e ainda os que estabeleçam sanções mais leves do que as que eram consideradas pelos regulamentos em vigor à data da prática das infrações sujeitas a punição, valendo, assim, neste domínio, a mesma regra que impera em direito penal, a de que a *lex mitior* tem aplicação imediata a todas as infrações ainda por julgar; Cfr. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, «Teoria dos Regulamentos», 1.ª parte, in: Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXVII, Livraria Almedina, Coimbra, pp. 17 e 18.

²⁰ Muitos autores costumam mencionar, ainda, um outro limite ao poder regulamentar. O princípio segundo o qual as normas regulamentares não podem ser *in privos latae*, isto é, não podem preceituar para casos concretos e para pessoas determinadas. No entanto, na medida em que infringjam este princípio, e qualquer que seja a forma sob que se apresentem, deixaremos, em substância, de estar perante regulamentos, para passarmos a estar perante atos administrativos. Razão pela qual, em termos rigorosos, não nos parece que o mesmo possa consubstanciar um limite do poder regulamentar, antes apenas uma das características do conceito de regulamento; Cfr. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, «Teoria dos Regulamentos», 1.ª parte, *op. cit.*, p. 19.

ma, e/ou de conteúdo. Neste contexto, e atendendo ao panorama atual do nosso ordenamento jurídico, por regra, não é possível a fiscalização preventiva da inconstitucionalidade de qualquer norma regulamentar – n.º 1, do art. 278.º da CRP –, prevendo-se apenas que seja preventivamente apreciada a inconstitucionalidade de normas constantes de decretos regulamentares (regionais) de leis gerais da República – n.º 2, do art. 278.º da CRP. Desta forma, todos os regulamentos estão sujeitos, em princípio, ao controlo jurisdicional sucessivo concreto, isto é, podem ser declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, por via incidental e com a eficácia referida aos casos submetidos a julgamento – art. 280.º da CRP –, sendo, ainda, da competência do TC apreciar e declarar sucessivamente, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas regulamentares – n.ºs 1 e 2, do art. 281.º da CRP²¹.

Finalmente, chegado o momento de desfecho do assunto prévio ao nosso temário primordial, terminamos, deixando uma sucinta nota comparativa com o ordenamento jurídico alemão.

Assim, no que tem que ver com os parâmetros de controlo da validade das normas regulamentares impugnadas perante os Tribunais Administrativos Alemães, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em identificá-los com os Direitos Federal e dos *Länder*²². No que ao Direito Constitucional diz respeito, a questão apresenta-se de modo naturalmente mais complexo. O § 47 III da *VwGO* restringe a possibilidade de o Direito Constitucional dos *Länder* funcionar como parâmetro de validade dos regulamentos, para mecanismos de impugnação direta dos mesmos, sempre que esteja prevista por lei a competência exclusiva do Tribunal Constitucional do *Land* para conhecer essa causa de invalidade²³. No que concerne ao Direito Constitucional Federal, é pacífica a sua função de parâmetro de controlo, na medida em que a única restrição existente é, precisamente, a que consta do § 47 III da *VwGO*.

²¹ AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, «Teoria dos Regulamentos», 2.ª parte, *op. cit.*, p. 32.

²² Estados Federados Alemães.

²³ PEDRO DELGADO ALVES, «O Novo Regime de Impugnação de Normas», *in*: Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo – Estudos Sobre a Reforma do Processo Administrativo, AAFDL, Lisboa, 2005, p. 48.

III. A (In)Competência dos Tribunais Judiciais para o Controlo da Validade dos Regulamentos

Deparamo-nos, aqui, com uma outra problemática em torno do nosso temário principal, sobre a qual não conseguimos deixar de nos debruçar.

Em processos judiciais nos quais se discutam litígios que dizem respeito a relações jurídicas não administrativas, mas que são disciplinadas por um regulamento, surge-nos a questão de se saber se dispõe um tribunal não integrado na ordem jurídica administrativa (e fiscal), do poder de decidir sobre o destino a dar às normas regulamentares em causa, baseando a sua decisão num juízo próprio de validade sobre as mesmas. A questão que, fundamentalmente, aqui se colocará, é a de se saber se estão os tribunais judiciais munidos da competência necessária para aferir sobre a validade de normas regulamentares, em termos preventivos, quando em causa estejam situações jurídicas que dizem respeito ao âmbito de aplicação do processo civil ou do processo penal. Com efeito, já se colocou, no contexto das normas regulamentares já emanadas, a questão de se saber se haverá um eventual poder dos tribunais judiciais de desaplicar normas regulamentares, por inadequação das mesmas, isto é, devido à sua contradição com princípios normativos ou quaisquer outras normas do ordenamento jurídico, que as tornem inválidas. A recordar.

Ora, a este respeito começou por defender ANA RAQUEL MONIZ que os tribunais judiciais, no exercício da sua função de “tutela do direito”, têm o poder-dever de afastar normas regulamentares inválidas. Invoçando, como fundamento da sua tese, o princípio da juridicidade (leia-se, o princípio da obediência à lei, *lato sensu*, ou seja, da obediência ao *Direito*). Significando isto que, teriam os tribunais judiciais, de acordo com esta perspetiva, a competência de fiscalização, assim como a competência para desaplicar normas aplicandas, a exercer *ex officio*, não se configurando aqui uma questão prévia, ao abrigo dos artigos 97.º do CPC ou 7.º do CPP²⁴. Todavia, não obstante a fundamentação que a autora mobiliza para justificar a sua perspetiva, não deixam de existir autores em sentido diverso. Apresentando-se, esta questão, como controversa na doutrina portuguesa. Desde logo, não partilhando da mesma opinião,

²⁴ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez: Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Coimbra, 2011, p. 357.

PEDRO COSTA GONÇALVES defende que os tribunais judiciais apenas poderão afastar um regulamento, com fundamento na sua invalidade, no quadro do regime das questões prejudiciais, constante do artigo 97.º do CPC²⁵. Na esteira desta perspetiva, os Tribunais Administrativos são a instância competente para, em processo próprio, se pronunciarem sobre a legalidade de uma norma regulamentar, consubstanciando esta questão, quando suscitada num tribunal de outra ordem jurisdicional, uma *“questão (prejudicial) da competência de outro tribunal”*. Esta posição encontra o seu fundamento na complexidade e na especialidade técnica e jurídica envolvida na apreciação da legalidade de um regulamento, para as quais não está familiarizado um tribunal judicial, e no sentido em que, *“em sede de conhecimento incidental da ilegalidade dos regulamentos, a regra é a de que qualquer tribunal de qualquer ordem pode fazê-lo, se a respetiva lei processual lho permitir expressa ou tacitamente”*²⁶. Considera, no entanto, ANA RAQUEL MONIZ que, em todo o caso, levar esta posição às últimas consequências implicaria negar também aos tribunais judiciais a competência para apreciar a constitucionalidade das normas, uma vez que se trata de uma competência do Tribunal Constitucional, defendendo, ainda, que não faria sentido que o legislador fosse mais exigente para a apreciação da legalidade de uma norma regulamentar, do que para a apreciação da sua constitucionalidade, que pode implicar, como se sabe, a resolução de questões de natureza muito delicada²⁷. Ideia à qual PEDRO COSTA GONÇALVES opõe uma outra, a de que, em sede de controlo concreto da constitucionalidade, existe a possibilidade de, em via de recurso, instar o Tribunal Constitucional a proferir um julgamento sobre a matéria, ao contrário do que acontece se não qualificarmos a questão da legalidade do regulamento como questão prejudicial, da competência dos Tribunais Administrativos, e vincularmos a *“ordem dos tribunais judiciais”* a pronunciar-se, em termos definitivos, sobre ela²⁸. Por último, ANA RAQUEL MONIZ, em jeito de conclusão deste debate doutrinal, considera que este ponto de vista, além de fragilizar os tribunais, em termos gerais, enquanto órgãos de defesa da legalidade, minimiza, de certa forma, a sua posição enquanto

²⁵ PEDRO COSTA GONÇALVES, *«Regulação Administrativa e Contrato»*, in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1003 e 1004.

²⁶ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *«A Impugnação e Anulação Contenciosa de Regulamentos»*, in: Revista de Direito Público, n.º 2, 1986, p. 29 e ss.

²⁷ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A Recusa de Aplicação (...)*, op. cit., p. 357.

²⁸ PEDRO COSTA GONÇALVES, *«Regulação (...)*, op. cit., p. 1004, nota de rodapé n.º 70.

órgãos de controlo da constitucionalidade.

Não podemos, no entanto, deixar de desconsiderar este último pensamento da autora, considerando-o muito ténue enquanto argumento de defesa da sua perspetiva. Isto porque o que se coloca em causa de relevante não é o mérito ou demérito de determinada categoria de tribunais, mas sim, procurar encontrar a solução que, com maior probabilidade, levaria a uma menor percentagem de erros decisórios, relativamente aos casos concretos. Daí que seja natural, sem descurar o devido mérito de todo e qualquer tribunal para a defesa da legalidade e controlo da constitucionalidade, dar-se preferência à categoria de tribunais que está, em primeira linha, talhada para o tratamento de determinados assuntos. Os tribunais existem de forma diferenciada, especializando-se tecnicamente de acordo com a sua função própria, e essa diferenciação (mesmo que em certos casos se possa justificar a sua flexibilização) deve ser respeitada, nas várias áreas do Direito. Sob pena de, levando esse pensamento às suas últimas consequências, se pôr em causa a própria razão de existência de certas categorias de tribunais.

Quanto a nós, a solução que nos parece mais equilibrada será a de se atribuir aos tribunais judiciais a competência para conhecer da ilegalidade de regulamentos, desde que tal não implique sérias dificuldades, em termos técnicos e jurídicos. No caso de as implicar, passamos a estar diante de uma questão prejudicial²⁹. Consideramos que não se deverá negar, sem mais, que os tribunais judiciais afirmam sobre a validade dos regulamentos, tendo presente uma visão pragmática da questão, com vista a uma maior celeridade dos processos. Devendo poder, no entanto, remeter-se a questão para os Tribunais Administrativos, quando se trate de problemáticas que exijam um juízo técnico e jurídico com um grande grau de complexidade, porquanto sempre se considerará que são os Tribunais Administrativos, em primeira linha, os tribunais competentes para aferir sobre a validade dos regulamentos. Consideramos, assim, que se deverá aceitar que o tribunal judicial, perante uma controvérsia que diga respeito a um regulamento, isto é, a normas regulamentares, possa devolver a sua apreciação à instância judicial mais bem colocada e competente para tratar dessas mesmas questões³⁰.

²⁹ À semelhança da posição que vigora no ordenamento jurídico francês; *Cfr.* RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Tomo 1, 15.^a ed., Montchrestien, Paris, 2001, p. 1013.

³⁰ *Cfr.* PEDRO COSTA GONÇALVES, «Regulação (...)», *op. cit.*, p. 1004.

Adaptando, comparativamente, este debate ao nosso objeto de estudo, questionamos o seguinte: *“Poderá ter um tribunal judicial, o poder de intimar a Administração à não emissão de norma regulamentar, porquanto a considera futuramente lesiva de direitos e interesses legalmente protegidos, numa determinada matéria de sua competência?”* Na esteira daquilo que é perfilhado por ANA RAQUEL MONIZ, justificar-se-á, com o princípio da juridicidade, que os tribunais judiciais tenham o poder-dever de fiscalizar, de modo preventivo, normas regulamentares? A resposta há de ser, forçosamente, negativa. Por maioria de razão, tendo nós já uma visão cautelosa no âmbito desta questão *a posteriori*, sem margem para dúvidas que quando colocada a questão em termos preventivos, não podemos deixar de considerar que se trata, esta, de uma *questão de estrita competência de outro tribunal*. Não só pela maior competência técnica para o fazer, como a fim de respeitar a própria Administração Pública que, como poder *só de per si* – e mexendo esta questão de modo tão delicado com este mesmo poder –, merece que a competência, no âmbito desta conjuntura, se deva remeter só e apenas à competência daqueles que são os seus tribunais, aos Tribunais Administrativos. Diríamos mesmo que, neste aspeto de forma muito evidente, esta temática toca, fundamentalmente, na própria razão de existência da *“ordem dos Tribunais Administrativos”*³¹.

Relembremo-nos, para este âmbito, da conceção de doutrina mais antiga, nomeadamente MARCELLO CAETANO, que defendia até, que os Tribunais Administrativos não se tratavam de tribunais especiais do poder judicial, mas de órgãos da própria Administração, fazendo com que a fiscalização de conformidade com a legalidade, em relação à restante atuação da Administração, não deixasse de ser interna ao poder administrativo, sem a quebra da sua autoridade³².

³¹ Note-se que em causa encontra-se uma interferência num processo administrativo de formação normativa que ainda não terminou, sendo que grande parte das desconformidades legais que se possam verificar ainda podem vir a ser sanadas pela própria Administração. É possível prever, apenas a partir desta premissa, que para além de os Tribunais Administrativos consubstanciarem a única categoria de tribunais competentes para aferir da presente questão, tal apenas poderá ocorrer em casos de especial gravidade, e mediante o preenchimento de determinados requisitos de admissibilidade.

³² Na opinião deste autor, se a atuação administrativa fosse suscetível de discussão nos tribunais judiciais, teríamos o poder judicial a intervir na Administração, a condicionar os seus passos, a impor a sua interpretação da lei, reduzindo-a a uma subordinação incompatível com seu poder. Por sua vez, para que os tribunais judiciais mantivessem o poder judicial, era necessário que pudessem juntar à faculdade de declarar ou definir o direito, a autoridade coerciva necessária para impor a execu-

Apesar de não irmos tão longe, ao ponto de considerarmos que os Tribunais Administrativos fazem parte da própria Administração, e que não consubstanciam uma categoria própria do poder judicial – tratando-se esta, aliás, de uma conceção já ultrapassada, que deu lugar a uma ideia de plena jurisdicionalização dos Tribunais Administrativos³³ –, vamos longe o suficiente para afirmar que só eles devem ter o poder de coagir a Administração à abstenção de determinado comportamento. Só este tipo de tribunais está tecnicamente apetrechado para o fazer, e o respeito pelo próprio poder que a Administração Pública representa assim o obriga³⁴.

Veja-se que, no âmbito do ordenamento jurídico alemão, a competência para apreciar os processos de controlo de normas cabe apenas a uma categoria de tribunais superiores, sendo da competência única e exclusiva dos Tribunais Administrativos Superiores dos *Länder* (*Oberverwaltungsgericht*)³⁵.

IV. A Tutela Preventiva dos Tribunais Administrativos: Uma Análise à Luz do Regime Jurídico Alemão

Reconhecendo-se, agora, que num sistema de administração executiva a tutela sucessiva (*ex post facto*) deve ser a regra, e assumindo-se que a tutela preventiva (*ex ante*) deverá dizer respeito a casos excepcionais, tornam-se, todavia, equacionáveis outros mecanismos de tutela dos direitos dos administrados³⁶. Ao que ao nosso estudo diz respeito, destinados a prevenir lesões decorrentes da emissão de normas regulamentares inválidas e lesivas de direitos ou interesses legalmente protegidos.

Note-se que a previsão de mecanismos processuais destinados a condenar o demandado à não adoção futura de um determinado comporta-

ção das suas sentenças. Ora, uma vez que os meios de coação pertencem à Administração, os tribunais judiciais não teriam poder para coagir os órgãos da Administração Pública quando estes não acatassem as suas decisões. De modo que ficaríamos perante uma grave situação negativa, simultaneamente, dos poderes administrativo e judicial. Com o poder administrativo a ter os seus próprios tribunais, tudo se conciliaria e ordenaria, na perspetiva deste autor. *Cfr.* MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.^a Imp., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 36 e 37.

³³ *Cfr.* VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo como “Direito Constitucional Concretizado” ou “Ainda por Concretizar”?*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 13.

³⁴ Entendemos desta forma, não só a título principal, como também no âmbito da eventual propositura de providências cautelares, em sede de uma ação de omissão de normas. Tema a desenvolver posteriormente.

³⁵ PEDRO DELGADO ALVES, *op. cit.*, p. 45; *Cfr.* § 47 da VwGO.

³⁶ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A Recusa de Aplicação (...)*, *op. cit.*, p. 166.

mento, quando se prevê que este se venha a revelar lesivo de direitos ou interesses legalmente protegidos, não é totalmente desconhecida do nosso contencioso administrativo. Inspirada pela congénere germânica – a *vorbeugende Unterlassungsklage* –, a alínea c) do n.º 1, do artigo 37.º, em conjugação com o n.º 2, do art. 39.º do CPTA, consagra, desde logo, uma ação inibitória preventiva, destinada a solicitar ao tribunal a condenação à não emissão de ato, por parte da Administração, quando seja provável que a sua emissão será lesiva de direitos ou interesses legalmente protegidos.

Da mesma forma que sucede no direito alemão – onde se admite a utilização da *vorbeugende Unterlassungsklage* relativamente à emanação iminente de normas administrativas³⁷ – não consideramos que existam razões procedentes que justifiquem a recusa da possibilidade, ainda que dentro de pressupostos estritos³⁸, de o tribunal ter o poder de condenar a Administração à não emissão de regulamentos³⁹. Propomo-nos, assim, de seguida, fazer uma análise minuciosa desse regime jurídico.

³⁷ Neste âmbito, ANA RAQUEL MONIZ, também não vendo porque recusar a possibilidade de o tribunal ter o poder de condenar a Administração à não emissão de uma norma regulamentar, dá especial importância aos casos em que “*esteja em causa a agressão muito provável a direitos fundamentais*”. Não podemos, no entanto, deixar de olhar para este ênfase dado ao caso dos direitos fundamentais, com uma certa hesitação, uma vez que, para os direitos fundamentais que consubstanciem direitos, liberdades e garantias, em princípio, ainda poderiam funcionar outros mecanismos de defesa, nomeadamente, o mecanismo da Intimação para a Proteção de DLG. [Para mais desenvolvimentos sobre a Intimação para a Proteção de DLG, *cfr.* nota de rodapé n.º 47]. O Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva é colocado em causa, com maior evidência, em relação aos direitos e interesses legalmente protegidos que não se traduzam no exercício *direto e imediato* de direitos, liberdades e garantias, ou algum direito análogo. Repare-se, porém, que tal é afirmado pela autora, sobre o pressuposto de que a ausência, no panorama nacional, de um mecanismo que previna a emissão de normas regulamentares lesivas, não corresponderia a um *deficit* de garantias, uma vez que todas as formas de tutela preventiva representariam sempre um *plus* na proteção de posições jurídicas substantivas dos cidadãos. Pressuposto com o qual não concordamos. A tutela preventiva não representa um *plus* na proteção jurídica dos cidadãos, sendo em certos casos, de modo muito evidente, o único meio de se obter uma proteção jurídica de valor e com efeito útil; *Cfr.* ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A Recusa de Aplicação (...)*, *op. cit.*, p. 167.

³⁸ Que têm que ver, essencialmente, com a demonstração da necessidade efetiva e da indispensabilidade deste tipo de tutela para o cumprimento do Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva.

³⁹ Sem prejuízo de a tutela reativa, isto é, *a posteriori*, permanecer como o meio idóneo, por via de regra, para a reação contra normas atentatórias de direitos ou interesses legalmente protegidos.

1. A Ação de Omissão (*Unterlassungsklage*) – A Ação Geral de Defesa (*allgemeine Abwehrklage*)

a. A Ação de Omissão enquanto “Ação de Condenação em Prestação Negativa” (*negative Leistungsklage*)

Caso se pretenda omitir ou fazer cessar uma atuação administrativa, correspondente ao exercício de um poder de autoridade, não qualificável como ato administrativo, que onere o administrado, considera-se, para estes efeitos, a ação de omissão como um subtipo da ação geral de condenação em prestação (*allgemeine Leistungsklage*), com base no art. 19 IV 1 da Lei Fundamental Alemã (*Grundgesetz*). Segundo o disposto neste preceito, deve ser possível uma ação de defesa contra qualquer conduta que consubstancie um poder de autoridade, independentemente da sua classificação enquanto ato administrativo (*Verwaltungsakt*).

No âmbito do ordenamento jurídico alemão, este enquadramento da ação de omissão no contexto da ação geral de condenação em prestação é considerado como o acertado, mas não está isento de algumas questões mais problemáticas⁴⁰, a saber:

Assim, desde logo, na equiparação juscivilista entre fazer⁴¹ (*Tun*) e não fazer⁴² (*Unterlassen*)⁴³, não se exprime adequadamente a diferença fundamental entre ónus e vantagem juridicamente relevante, como é próprio do direito público.

Por outro lado, o autor da ação de omissão encontra-se numa situação muito mais próxima da do autor da ação de anulação (*Anfechtungsklage*) do que da do autor da ação geral de condenação em prestação (*Leistungsklage*) ou de condenação à prática de ato administrativo devido (*Verpflichtungsklage*), que visam a obtenção de um benefício. A própria estrutura de verificação da fundamentação, isto é, o exame de mérito da causa, assemelha-se ao da ação de anulação.

Já do ponto de vista literal, também parece ser difícil classificar a ação de omissão enquanto subgénero da “ação geral de condenação em prestação”⁴⁴.

⁴⁰ FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 6., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2005, p. 309.

⁴¹ *Facere* – Ação (que configura a “ação para prestação de facto positivo”).

⁴² *Non facere* – Omissão (que configura a “ação para prestação de facto negativo”).

⁴³ *Cfr.* § 194 e § 241 I 2 *BGB* [Código Civil Alemão].

⁴⁴ FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, pp. 309 e 310.

Com efeito, também existem vozes, no seio da doutrina portuguesa, que se opõe à inclusão de uma ação de omissão, no âmbito das ações de prestação⁴⁵. Tal fundamenta-se com o facto de ser costume classificar-se uma ação com estas características, enquanto *ação mandamental*, uma vez que o juiz, julgando a pretensão do autor procedente, decreta uma sentença que constitui uma verdadeira ordem no sentido de obrigar o demandado a adotar determinado comportamento ou conduta futura julgada devida⁴⁶. Uma vez que as ações que servem de base ao nosso estudo consubstanciam uma tutela inibitória preventiva, e tendo em conta que as ações mandamentais estão principalmente direcionadas para a reação contra uma lesão ou ameaça de lesão ilegítima de direitos absolutos, como os de personalidade, propriedade e de direitos fundamentais, deveriam, por isso, na esteira desta perspetiva, ser tratadas de forma autónoma em relação às ações de prestação, que estão especialmente direcionadas para a proteção de direitos obrigacionais.

A nossa crítica quanto a esta possível classificação da ação de omissão, prende-se, precisamente, com o facto de a *ação mandamental* estar tradicionalmente direcionada apenas para a defesa de direitos absolutos (*erga omnes*), para os quais ainda poderia funcionar o mecanismo de defesa da Intimação para a Proteção de DLG⁴⁷, pelo que poderiam, a

⁴⁵ Cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, «A Condenação à Abstenção de Comportamentos no Código de Processo dos Tribunais Administrativos», in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 1152.

⁴⁶ A ação mandamental distingue-se de uma mera condenação a prestação de facto ou de coisa, apesar de existir uma certa semelhança formal. Isto porque na ação mandamental o autor requer a adoção imediata de determinada conduta, que pode ser positiva (de adoção) ou negativa (de omissão/abstenção), sendo que, no primeiro caso fala-se, tipicamente, de uma sentença impositiva, e no segundo caso de uma sentença inibitória; Cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1152.

⁴⁷ A ação de condenação à omissão deve ser distinguida de um outro meio processual, a Intimação para a Proteção de Direitos, Liberdades e Garantias, prevista no art. 2.º, n.º 2, al. o), do CPTA. Os dois meios processuais possuem algumas semelhanças: são ambos dirigidos à garantia da tutela jurisdicional efetiva, podem levar à imposição de deveres de abstenção, e implicam pronúncias sobre o fundo da questão (ao contrário do que acontece com a tutela cautelar). No entanto, existem importantes diferenças que as distinguem: a Intimação só poderá ser utilizada em situações em que é urgente a emissão de uma decisão pelo tribunal sobre a matéria em questão, isto é, uma decisão sobre o fundo da causa – “*decisão de mérito urgente*” –, de forma a proteger um DLG e, portanto, quando não seja suficiente o decretamento de uma providência cautelar. Pelo contrário, a ação de condenação à omissão é um meio processual que não está restringido à tutela de Direitos, Liberdades e Garantias, ou direitos análogos, e que pode ser conjugado com a tutela cautelar; Cfr. artigo 109.º, n.º 1, do CPTA; A propósito da questão da equiparação dos DESC aos DLG, para efeitos de propositura da ação de Intimação para a Proteção de DLG, quando os mesmos se

priori, considerarem-se como excluídos do exame de admissibilidade da ação de omissão, os direitos subjetivos relativos (*erga singulum*), que assentam numa relação jurídica que se traduz numa posição de vantagem juridicamente relevante face a um sujeito (que pode bem ser a própria Administração). Esta denominação não iria abranger, em termos rigorosos, todos os casos que em abstrato devem ser abrangidos pela ação, podendo servir, esta classificação, de justificação para a existência de sérias lacunas no sistema jurídico⁴⁸. Poderíamos, contudo, aceitar esta nomenclatura, caso se atribuísse à mesma, uma interpretação extensiva ou atualista, por via a englobar inequivocamente os direitos subjetivos relativos, e assim, todos os direitos e interesses legalmente protegidos – conforme o n.º 1, do art. 266.º da CRP e o art. 4.º do CPA.

Em termos mais amplos, a ação de omissão surge ainda, no seio do ordenamento jurídico alemão, enquanto “ação geral de defesa” (*allgemeine Abwehrklage*) – com base no § 43 II 1 da *VwGO* –, tratando esta: (i) da tutela preventiva para a omissão de uma intervenção futura (sendo esta verdadeiramente a *vorbeugende Unterlassungsklage* – ação de omissão preventiva); (ii) de uma ação de defesa, para que um ónus passado não se repita; (iii) de uma ação para que uma oneração, que se prolongue continuamente no tempo, cesse, deixando de se fazer sentir os seus efeitos⁴⁹.

apresentem na sua dimensão mais essencial, *cfr.* Acórdão do TCA Sul, Secção: CA, de 15-02-2018 (Proc. n.º 2482/17.2BELSB); A proteção acrescida da Intimação para a proteção de DLG justifica-se, na sua substância, com a especial ligação destes direitos à dignidade da pessoa humana, ficando assim, em todo o caso, excluídos deste âmbito de tutela, a proteção de direitos ou interesses, substanciais ou procedimentais, que fundamentando-se em direito ordinário, tenham uma ligação meramente *instrumental* com a realização de direitos constitucionais (excluindo-se, desde logo, os direitos que resultam da concretização por lei ordinária de direitos fundamentais sociais). *Cfr.* J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, *op. cit.*, pp. 264 e 265.

⁴⁸ Apesar de a consideração da ação de omissão, enquanto subtipo da ação geral de condenação em prestação, poder ser, para alguns, de estranha conceção literal, a verdade é que nos parece que esta denominação é a que tem um menor potencial para levantar sérios problemas jurídicos. Temos para nós que esta é, possivelmente, a razão pela qual assim se encontra estipulada no ordenamento jurídico alemão.

⁴⁹ Assim como a ação geral de condenação em prestação a um agir (*Tun*) positivo da Administração, a ação de omissão não se encontra regulada explicitamente na *VwGO* enquanto “ação de condenação em prestação de facto negativo”, embora seja reconhecida ou pressuposta em vários preceitos legais, sendo, por regra, admissível. Na *VwGO* de 1960, a ação de omissão já constava no âmbito da ação geral de condenação em prestação e o seu reconhecimento é hoje tão evidente que a sua não regulação expressa na *VwGO* já não se revela necessária para a sua efetivação prática. Com efeito, é hoje em dia despropositado falar-se, simplesmente, de um tipo de “ação

b. *A Ação de Omissão Contra as Simples Atuações Administrativas (schlichthoheitliches Verwaltungshandeln) – Operações Meramente Materiais*

O objeto litigioso desta ação de omissão consiste na alegação, por parte do autor, de ser ou vir a ser lesado nos seus direitos, por uma atuação de um órgão administrativo, que seja iminente, ou já existente e cujos efeitos ainda persistam.

Esta ação trata da pretensão à omissão ou cessação de uma perturbação, que não constitui nem um ato administrativo, nem uma norma jurídica. Constituindo, estes comportamentos, simples atuações administrativas⁵⁰, e estando incluídas, neste âmbito, as operações materiais, os comportamentos de facto, “emissões”⁵¹, ações de informação e avisos, e em geral, todas as atuações da Administração que não envolvam o exercício de poderes de autoridade sobre a definição da esfera jurídica dos administrados.

Um primeiro grande grupo de casos que pode constituir o objeto desta ação de omissão tem que ver com as situações que consubstanciam atuações materiais de gestão pública (ou atos reais em sentido próprio), onde se englobam, quer os comportamentos *proprio sensu*, quer as meras operações materiais e técnicas. Nestas incluem-se, por exemplo, as operações materiais de abate de árvores ou de demolição de edifícios. Este grupo de casos reconduz-se, ainda, às situações nas quais a ação de omissão integra uma ação contra as “emissões” que partem de instalações públicas e que não estão sujeitas a uma autorização. Trata-se aqui, de uma ação de defesa face a um incómodo ou perturbação ilegal – *Störungsabwehrklage*⁵².

padrão”, isto é, numa ação geral de defesa, que funcione como “ação recetáculo” de várias pretensões.

⁵⁰ Cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1160.

⁵¹ Exemplos tradicionais daquilo que se encontra, na jurisprudência alemã, incluído no âmbito destas “emissões”, diz respeito ao barulho ou poluição provenientes de espaços públicos.

⁵² Englobam-se aqui, a título exemplificativo, as ações contra o barulho da sirene dos bombeiros, contra o barulho do toque dos sinos (desde que no âmbito do direito público), contra o funcionamento de postes de iluminação pública, contra a poluição proveniente de espaços de lazer públicos, contra o ruído proveniente das escolas, parques infantis ou recintos desportivos, etc.; A gestão deste tipo de perturbações constitui, do ponto de vista do direito civil, uma simples conduta administrativa, pelo que se considera a ação administrativa como sendo o tipo de ação correto para estas situações, designadamente, a ação de omissão. Há que ter em conta, porém, que, em certos casos, não se pode negar a prioridade da ação de anulação. Com

Um outro grande grupo de casos, neste âmbito, diz respeito às “ações de informação⁵³”, sem carácter vinculante, isto é, afirmações, avisos e advertências⁵⁴, recomendações genéricas, juízos de valor, recolha e transmissão de dados, a publicação de relatórios e listas, etc.⁵⁵. Este grupo de casos é particularmente importante na *práxis*, tendo em conta que os órgãos administrativos recorrem cada vez mais frequentemente a soluções informativas (e informais⁵⁶) dos problemas existentes, em detrimento de decisões formais⁵⁷. Neste sentido, consideram-se atuações informais da Administração, aquelas que não estão previstas juri-

efeito, deve ser interposta uma ação de anulação relativamente a “emissões” que partem de instalações públicas, que estejam sujeitas a uma autorização por parte da Administração. Acrescendo que, neste contexto – *v.g.* no caso da aprovação de um projeto –, na eventualidade de já ter existido uma ação de anulação, não há lugar a uma, posterior, ação de omissão, contra o prejuízo fáctico dessa aprovação (pelo menos nos termos em que a mesma foi aprovada). Justifica-se, esta escolha, por se considerar que existe falta de necessidade de proteção jurídica no caso de já ter sido interposta, anteriormente, uma ação de anulação do ato de aprovação. Por sua vez, no caso de a pretensão do autor ser a eliminação fáctica da instalação pública, a ação apropriada será a ação de condenação em prestação (positiva). Uma outra situação diz respeito aos casos em que uma conduta fáctica do poder de autoridade se dirige a um destinatário, primariamente beneficiado, prejudicando-o. Este tipo de perturbações fácticas podem ser evitadas com recurso à ação de omissão, mas a mesma apresenta-se, aqui, como ação subsidiária, em relação à ação de anulação; *Cfr.* FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, pp. 312 e 313.

⁵³ No ordenamento jurídico alemão, relativamente à legitimidade passiva (*Passive Prozeßführungsbefugnis*) da ação para a omissão de informações, declarações públicas discriminatórias, etc., o autor não se deve dirigir – exceto em caso de litígio no domínio da “constituição municipal”, que consubstanciam litígios no seio da própria Administração – contra o funcionário em questão, mas sim contra a entidade para quem o mesmo trabalha. *Cfr.* FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, p. 318.

⁵⁴ Sobre as advertências da Administração, *vide* PEDRO COSTA GONÇALVES, «*Advertências da Administração Pública*», in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 723 e ss.

⁵⁵ Neste âmbito, são especialmente importantes: o direito geral de personalidade, o direito à autodeterminação informativa e o direito a um empreendimento funcional e operante. No caso das referidas “emissões”, ou atuações semelhantes, há que considerar, entre outras leis, sobretudo o disposto no art. 2 II 1 *Grundgesetz* – preceito da Lei Fundamental Alemã onde se consagra o livre desenvolvimento da personalidade. *Cfr.* FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, p. 315.

⁵⁶ A propósito das atuações jurídicas informais, *vide* SUZANA TAVARES DA SILVA, «*Atuações informais da Administração: verdade ou mito? Novas formas de atuação administrativa sob a ótica do direito do ambiente*», Coimbra, 1998, e «*Atuações urbanísticas informais e “medidas de diversão” em matéria de urbanismo*», in: CE-DOUA, Ano III, n.º 5, 2000, pp. 55-70.

⁵⁷ FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, pp. 310 e 311.

dicamente, nem são adotadas segundo um procedimento decisório final – o que deixa evidentemente de fora o ato, o contrato e o regulamento administrativos⁵⁸.

c. *Outros casos*

Como já fomos dando a intuir, também se aceita a utilização da ação de omissão, em relação a um ônus no seio de uma relação jurídica interna da Administração. Aqui, a ação de anulação falha precisamente devido à inexistência de uma relação e efeitos jurídicos externos. Neste plano, os grupos de problemáticas mais relevantes dizem respeito, segundo a doutrina alemã dominante, aos litígios no domínio da “constituição municipal⁵⁹”, assim como às ações de omissão no âmbito do direito da função pública⁶⁰, desde que não tenha sido praticado nenhum ato administrativo.

2. A Ação de Omissão Preventiva (*vorbeugende Unterlassungsklage*): Características e Requisitos de Admissibilidade

Na maioria dos casos, a ação de omissão é “preventiva”, visando a defesa face a uma medida de autoridade iminente, independentemente da sua forma jurídica.

Como pressuposto geral desta ação, exige-se que, quaisquer que sejam as circunstâncias *in casu*, a atuação iminente de autoridade assuma contornos de tal forma concretos que a ação de omissão possa constituir o objeto de uma sentença de omissão.

⁵⁸ Em causa estão as declarações jurídicas, ou pronúncias da Administração, que não têm a capacidade de definir unilateralmente a situação jurídica do seu destinatário, uma vez que o seu conteúdo não consubstancia o exercício do poder administrativo; *Cfr.* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1162 e ss.

⁵⁹ A “disputa constitucional municipal” trata-se de um litígio de direito público – e não de natureza constitucional, advindo este termo do preceito “constituição local” –, que diz respeito aos conflitos entre órgãos administrativos municipais (em termos interorgânicos ou intraorgânicos) ou pessoas coletivas de direito público, relativos à violação de direitos ou tarefas funcionais, inerentes ao relacionamento corporativo, típico da prestação de serviços públicos municipais. Estas situações têm que ver, em sentido mais amplo, com a legalidade de medidas que afetem o devido funcionamento e a própria estrutura organizacional da Administração Pública, e que possam, por exemplo, consubstanciar a violação de direitos estatutários dos órgãos em causa, ou de direitos de participação dos membros dos mesmos.

⁶⁰ Por exemplo, no âmbito de uma ação de defesa contra a transferência iminente de um funcionário público; Nestes casos, os tribunais alemães também têm vindo a aplicar na prática (contrária ao sistema) a ação de declaração preventiva.

Neste contexto, algumas situações apresentam-se mais exigentes ao nível da sua admissibilidade, nomeadamente as que concernem à proteção jurídica contra um tipo de medidas iminentes, a que corresponderia uma ação específica, após a sua emissão. As ações preventivas contra a emissão de ato administrativo ou norma jurídica iminentes são disso especiais exemplos. A analisar.

2.1 **Ação de Omissão Preventiva Contra Ato Administrativo – – Breve Aceno**

A ação de impugnação de ato só é admissível quando o ato administrativo é emitido, ou seja, quando é dado a conhecer. Tendo em conta que a eficácia jurídica ocorre apenas com a notificação (*Bekanntgabe*) – § 43 e § 41 *VwVfG* –, normalmente, é suficiente a proteção jurídica posterior, com vista à revogação do ato. No presente âmbito, também certas medidas preventivas, previstas na lei alemã, têm em vista o suprimento das consequências fácticas do ato administrativo lesivo. Nomeadamente, o efeito suspensivo da reclamação e do “recurso de anulação” – § 80 I da *VwGO*. Em consequência, justifica-se que a ação de omissão preventiva contra um ato administrativo só possa ser ponderada em casos excepcionais específicos, sobretudo quando o efeito prévio fáctico do ato administrativo é já de tal forma considerável, que não se afigura como razoável o lesado esperar para intentar uma ação de impugnação. Neste contexto, apenas uma ação de omissão preventiva pode oferecer a proteção jurídica necessária, isto porque algo como uma “ação de anulação preventiva” nunca seria elegível, dada a inexistência de um objeto, tanto de anulação como de revogação⁶¹.

Com efeito, considera-se atualmente como admissível a ação de omissão preventiva contra atos administrativos (ação de condenação à não emissão de ato).

Nestes casos, trata-se de atos com consequências especialmente negativas, e cuja ação de impugnação posterior seria insuficiente para impedir as graves consequências para o lesado⁶².

Segundo a doutrina alemã⁶³, que também faz sentido perante a legis-

⁶¹ FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, p. 313.

⁶² Veja-se o exemplo de uma interdição ou proibição em determinada atividade comercial, que coloca em risco o exercício das profissões em causa.

⁶³ A propósito da análise da tutela preventiva contra atos administrativos, à luz da doutrina alemã, *cf.* PEDRO COSTA GONÇALVES, «A Ação Administrativa Comum»,

lação nacional, para que esta ação proceda, tem de se verificar, enquanto pressuposto geral da ação, a existência de um ato administrativo iminente já suficientemente determinado para consubstanciar o objeto da ação. Significando isto que o projeto do ato tem que estar suficientemente determinado, quer quanto à vontade da Administração, isto é, quanto ao conteúdo e substância do ato, quer quanto ao andamento do seu procedimento formal⁶⁴. Determinação esta, que permita uma prova de conformidade com a *Lei* e com o *Direito*⁶⁵, e que permita sustentar uma pronúncia que resolva a questão material de fundo⁶⁶.

De todo o modo, o objeto da ação, uma vez que se trata de um ato iminente, isto é, futuro, não deixa de ser, de certa forma, incerto. Causando algumas dificuldades ao nível da formulação do juízo de legalidade, e de conformidade com o *Direito*. Os casos em que é evidente que o ato administrativo iminente é ilegal, nomeadamente porque a sua prática é proibida por lei, não levantam grandes problemas. Mas a realidade prática nem sempre é tão clara, com efeito, mais complicados serão os casos em que a ilegalidade do ato é provável, mas ainda algo incerta, principalmente nos casos em que a Administração atua no âmbito da sua discricionariedade⁶⁷. Não se consideram, apesar disso, contundentes as

in: A Reforma da Justiça Administrativa, BFDUC, Studia Iuridica 86, Colloquia - 15, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 149 e ss.

⁶⁴ Este pressuposto implica que se considerem inadmissíveis as ações destinadas à não emissão, em geral, de todos os atos de execução de uma lei ou regulamento, isto é, as ações cujo objeto não faz referência a um caso concreto. Considerando-se, assim, como inadmissível um pedido de condenação à abstenção de atos *em abstracto*, uma vez que tal pedido culminaria num apreciação indevido de uma norma jurídica, e conseqüentemente, no eventual esvaziamento do conteúdo dessa mesma norma e numa situação de fraude à lei. *Cfr.* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, pp. 1165 e 1166.

⁶⁵ A avaliação desta conformidade prende-se, essencialmente, com a avaliação da legalidade e lesividade (ou suscetibilidade de lesividade) do ato. Sendo que a eventual ilegalidade pode ser material ou formal. Neste âmbito, apenas releva a ilegalidade formal que já não possa ser realizada, uma vez que a realização de uma formalidade pode ser atingida pela condenação à adoção de comportamento, prevista no art. 37.º, n.º 1, al. h), do CPTA. No caso de existir uma ilegalidade derivada – porquanto o regulamento em que se baseia o ato é ilegal – dá-se prioridade à ação de impugnação das normas do regulamento em causa, sendo, neste contexto, a admissibilidade desta ação, subsidiária. Por outro lado, também se pode recorrer à ação de abstenção de comportamento, no caso de a ilegalidade do regulamento já ter sido reconhecida.

⁶⁶ Determinação que ocorre, por exemplo, nos casos em que exista um anúncio desse comportamento, por parte da Administração, ao interessado.

⁶⁷ RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1166.

objeções que, em termos fundamentais, se invocam contra a admissibilidade da ação de omissão preventiva contra um ato administrativo⁶⁸. Pelo contrário, o Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva face a atos administrativos lesivos, independentemente da sua forma – previsto nos arts. 20.º, n.º 1 e 268.º, n.º 4, da CRP, e no art. 2.º do CPTA –, encontra a sua aplicação, entre outros mecanismos, no âmbito deste meio processual⁶⁹. Para além disso, nos casos de maior incerteza, o tribunal, nunca podendo determinar o conteúdo preciso de determinado ato, sempre deverá explicitar as vinculações que têm que ser observadas pela Administração aquando da emissão do ato em causa⁷⁰. Sobre este assunto, defende também FRIEDHELM HUFEN que o Princípio da Separação de Poderes – muitas vezes invocado como fundamento de inadmissibilidade desta ação –, não implica que a proteção jurídica contra determinadas medidas administrativas tenha de ser sempre *a posteriori*, pela via da impugnação. Havendo, somente, na linha de pensamento deste autor, que conceder aos críticos que a proteção jurídica preventiva pode torna-se dispensável, na medida em que a proteção jurídica provisória consiga impedir adequadamente as consequências nefastas dos factos consumados, em benefício do autor⁷¹.

⁶⁸ Por todos, invocando o Princípio da Separação de Poderes como fundamento da sua hesitação face à admissibilidade da ação de omissão preventiva, *cfr.* WOLFF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, 5., neubearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1997, p. 104; Também a nós não nos parece que exista uma violação do Princípio da Separação de Poderes, uma vez que em causa está uma aferição de legalidade, não se podendo colocar a questão da competência no âmbito da conformidade legal de uma atuação administrativa. Em outros termos, a própria existência de um direito ou interesse legalmente protegido que implique que exista, no caso em apreço, uma abstenção por parte da Administração, traduz-se na inexistência, em concreto, de um poder público para praticar a atuação em causa. Inexistindo, assim, uma intromissão judicial no exercício de um poder público. Com efeito, o nosso legislador nacional também não atribuiu relevo a este argumento aquando da previsão da condenação à não emissão de atos administrativos, na já mencionada alínea c), do n.º 1, do artigo 37.º do CPTA.

⁶⁹ Este meio processual tem, aliás, contornos particularmente importantes quando em causa está um caso cujo regime jurídico aplicável faz corresponder, ao desrespeito por determinado ato administrativo, um crime de desobediência. *Cfr.* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1169.

⁷⁰ RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1167.

⁷¹ FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, p. 314.

2.2 *Ação de Omissão Preventiva Contra Normas Jurídicas: O Poder de Condenação à Não Emissão de Regulamentos*

Em princípio, também nada mais se poderá aplicar, do que uma ação de omissão preventiva, contra uma norma jurídica iminente da Administração⁷². Veja-se, a este propósito, o disposto no n.º 5 do art. 268.º da CRP que dispõe que “os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos”.

Facilmente se percebe que por “comportamentos”, nos termos da redação da alínea h), do n.º 1, do artigo 37.º do CPTA, podemos entender as simples atuações administrativas, estando abrangida, neste âmbito, a ação de omissão/abstenção deste tipo de atuações. Permanece, no entanto, em aberto, a questão de se saber se a emissão de normas regulamentares por parte da Administração, pode subsumir-se no termo “comportamentos”, para os efeitos previstos neste preceito. A questão aqui será, portanto, a de se saber se o termo “comportamentos” deve ser interpretado num sentido suficientemente amplo, ao ponto de se poderem (ou deverem) incluir, de um modo juridicamente admissível, as atuações administrativas gerais e abstratas⁷³. Não nos parece que o legislador tenha tido a intenção de incluir neste preceito as normas jurídico-administrativas emitidas pela Administração, de todo o modo, uma tomada de posição da nossa parte, baseada no Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva, iria no sentido de, numa futura alteração legislativa, se prever em termos expressos esta ação, no âmbito do nosso ordenamento jurídico. Isto porque, também neste contexto, não consideramos que existam objeções contundentes contra a admissibilidade de uma ação preventiva contra uma norma jurídica – “ação de condenação à omissão de normas”⁷⁴.

Desde logo, não consubstancia, esta ação, segundo FRIEDHELM HUFEN, uma ingerência nos direitos do poder legislativo, ou no “*livre mandato*”⁷⁵, uma vez que o que está em causa é uma atuação administrativa geral e abstrata⁷⁶.

⁷² Estatuto no qual se incluem os regulamentos, destacando-se, neste âmbito, os planos urbanísticos e de ordenamento do território – *cfr.*, a respeito de direitos de participação na elaboração dos instrumentos de urbanismo e de planeamento do território, a nível fundamental, os n.ºs 4 e 5 do art. 65.º, e o n.º 2 do art. 66.º, da CRP.

⁷³ Colocando semelhante questão, *vide* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1169.

⁷⁴ Em todo o caso, a jurisprudência alemã parte, sempre que se mostre possível e adequado, de uma preferência pela ação declarativa preventiva; *Cfr.* FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, p. 314.

⁷⁵ *Cfr.* art. 38/1 GG [Lei Fundamental da República Federal da Alemanha].

⁷⁶ Mais uma vez, também não se trata, aqui, de conferir ao tribunal a capacidade

Com efeito, temos vindo a deparar-nos, com certa frequência, perante o argumento da barreira do Princípio da Separação de Poderes, enquanto fundamento de inadmissibilidade de uma ação desta natureza. Todavia, sendo certo que a admissão da ação de omissão de normas implica um sensível limite, correspondente à usurpação de poderes ao poder legislativo, também certo será afirmar-se que a mobilização deste fundamento se baseia em premissas erróneas. Na nossa perspetiva, não existe, aqui, uma violação do Princípio da Separação de Poderes, uma vez que o que compete ao tribunal é aferir da legalidade das normas regulamentares potencialmente lesivas de direitos e interesses legalmente protegidos, isto é, trata-se de aferir sobre a sua conformidade com o “bloco de legalidade” regulamentar, e a Administração, como sabemos, está vinculada ao princípio da legalidade, e mais, ao princípio da juridicidade. Da mesma forma que ocorre no seio de uma condenação à não emissão de ato, não se pode, portanto, colocar a questão da competência no âmbito da aferição da conformidade legal de uma norma. A questão da competência não se coloca quando em causa possam estar atuações *contra legem*, na medida em que esta atuação causaria um prejuízo para o interesse público, não só pela ilegalidade cometida em termos objetivos, como pelos prejuízos causados nas esferas jurídicas dos administrados ou de outras entidades da própria Administração Pública⁷⁷.

Um outro argumento que outrora poderia ter sido mobilizado, no âmbito do nosso ordenamento jurídico, contra a admissibilidade desta ação, basear-se-ia no disposto na anterior redação do art. 73.º do CPTA – onde se previa meramente a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral de uma norma, quando a mesma tivesse sido desaplicada em três casos concretos (n.º 1, do art. 73.º) ou, subsidiariamente, a declaração de ilegalidade sem força obrigatória geral, com efeitos circunscritos ao caso concreto (n.º 2, do art. 73.º). Enquanto a ação preventiva, a ser admitida, teria necessariamente caráter geral. Não nos parece, porém, que esta alegação alguma vez pudesse ser procedente perante o Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva⁷⁸.

de conformar o conteúdo da atuação Administrativa, mas sim, em primeira linha, de se afirmarem as exigências vinculativas da mesma.

⁷⁷ O caso mudava de figura apenas se falássemos da aferição da conveniência na emissão de uma norma, no âmbito da discricionariedade da Administração, situação em relação à qual o tribunal não se pode pronunciar (art. 3.º, n.º 1, do CPTA); *Cfr.* CARLA AMADO GOMES, «*Dúvidas não metódicas sobre o processo de impugnação de normas no CPTA*», *in*: CJA, n.º 60, 2006, p. 16.

⁷⁸ Partilhando o mesmo sentido, *vide* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1171.

Note-se que a admissibilidade de uma ação desta natureza⁷⁹ poderia culminar não só na condenação da Administração à não emissão de regulamento, como também numa simples introdução de uma cláusula de exceção ou numa reformulação parcial do mesmo.

Contudo, na Alemanha, uma ação desta natureza, apesar de admissível, também não deixa de ser controversa. Parece-nos, no entanto, que no caso alemão, existe uma justificação mais plausível a fundamentar a sua desnecessidade, justificação essa, que corresponde, em certa medida, ao oposto do caso português, a existência de uma sobreposição de tutelas.

Desde logo, WOLF-RÜDIGER SCHENKE considera desnecessária a *vorbeugende Unterlassungsklage* contra normas, apontando meios alternativos⁸⁰, como o recurso de amparo constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*⁸¹), inexistente no nosso país, pelo menos com uma configuração semelhante à consagrada na Alemanha⁸².

Neste plano, o Tribunal Constitucional Português não se apresenta como um “tribunal dos direitos fundamentais”, ao contrário do que ocorre no ordenamento jurídico alemão, em que o tribunal constitucional é considerado o “tribunal dos cidadãos⁸³”. Note-se, neste âmbito, que mesmo o mecanismo da ação de Intimação para a Proteção de DLG, prevista no nosso ordenamento jurídico, apesar de ser de *maxime* importância no contexto da proteção de direitos, liberdades e garantias, também não surge sem as suas limitações, sendo que a maior crítica em relação à mesma consiste no seu não alargamento a decisões de instâncias jurisdicionais⁸⁴. Para RUBIO LLORENTE, “a efetividade dos di-

⁷⁹ Relativamente à natureza deste meio processual, evidencia-se que em face da sua complexidade, e devido aos traços objetivos e subjetivos que apresenta, nos seus pressupostos processuais e na sua tramitação, a maioria da doutrina alemã propõe soluções intermédias de “natureza mista” para qualificar este tipo de mecanismos da esfera do controlo de normas administrativas. É também consensual na doutrina alemã, num outro plano, a caracterização deste género de ações enquanto “controlo abstrato da validade dos regulamentos administrativos”. Cfr. PEDRO DELGADO ALVES, *op. cit.*, p. 53.

⁸⁰ Para além da tutela provisória no âmbito do controlo de normas, perfeitamente admissível no seio do ordenamento jurídico alemão.

⁸¹ À letra, a “queixa constitucional”.

⁸² WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *op. cit.*, p. 329.

⁸³ PETER HÄBERLE, «O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional», in: *Direito Público N.º 2 – Doutrina Estrangeira*, Out-Nov-Dez/2003, p. 83.

⁸⁴ CARLA AMADO GOMES, «Pretexto, Contexto e Texto da Intimação para a Pro-

*reitos exige não somente o controlo da constitucionalidade das leis mas também o controlo das decisões jurisdicionais que as apliquem*⁸⁵.

Assim, não se encontrando previstos no nosso ordenamento jurídico meios alternativos de tutela, somos conduzidos a confirmar a nossa posição de existir a necessidade de se admitir a ação de omissão, enquanto ação preventiva contra normas⁸⁶.

No nosso ordenamento jurídico, não se consegue extrair da letra da lei um fundamento expresso no sentido da sua inadmissibilidade, mas também não se encontra uma clara inclusão no sentido da sua admissibilidade. Como será, então, possível reagir contra a emissão de um regulamento ilegal, que produzirá efeitos lesivos em relação a direitos e interesses legalmente protegidos? A comparação com o regime do ato administrativo e com o regime de impugnação de normas (após a sua emissão), é inevitável. Se para o ato administrativo é possível a condenação à sua não emissão, com que fundamento se poderá negar a possibilidade de condenação à não emissão de uma norma, pelo menos na medida em que esta tenha as características descritas no n.º 1, do art. 73.º do CPTA, isto é, quando os efeitos da norma se produzam diretamente, sem necessida-

teção de Direitos, Liberdades e Garantias», in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles, Vol. V, Almedina, Coimbra, 2003, p. 576.

⁸⁵ É um aspeto importante a ter em conta em face de uma decisão de recusa, por parte dos Tribunais Administrativos, em condenar a Administração à não emissão de normas regulamentares iminentemente lesivas de direitos fundamentais, no âmbito de uma ação de Intimação para a Proteção de DLG; *Cfr.* FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «*Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe*», in: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XII, 1996, p. 29.

⁸⁶ No mesmo sentido, *vide* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1169; De mencionar que a falta da figura de amparo constitucional deixa, em determinados casos, como única via de defesa possível do lesado o direito de resistência, previsto no art. 21.º da CRP – quanto às garantias de proteção contra as ações e omissões da Administração, *cfr.* PEDRO COSTA GONÇALVES, *Manual (...)*, *op. cit.*, p. 355 –, garantia não institucionalizada que pode culminar num crime de desobediência, e que abre portas a que, no âmbito das decisões jurisdicionais, seja o TEDH, um tribunal externo ao Estado Português, a apreciar a conformidade das mesmas com a CEDH, e a condenar o Estado Português por uma eventual desconformidade. Veja-se que a nossa falta de apreciação da constitucionalidade das decisões jurisdicionais, e mais propriamente, a inexistência do mecanismo do recurso de amparo, faz com que não seja preciso o recurso ao TC para esgotar as vias jurisdicionais internas, necessárias para intentar uma ação no TEDH. É claro que, mesmo o recurso de amparo, também surge com os seus desafios, defluindo, desde logo, deste mecanismo, o eventual conflito de competências entre os Supremos Tribunais e o Tribunal Constitucional. *Cfr.* CARLA AMADO GOMES, «*Pretexto, Contexto (...)*», *op. cit.*, p. 553.

de de um ato (administrativo ou jurisdicional) de aplicação⁸⁷?

Com efeito, o Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva obriga à admissibilidade da ação preventiva de condenação à não emissão de normas regulamentares ilegais, imediatamente lesivas. As maiores dificuldades, em relação à verificação do pressuposto da necessidade de tutela, encontram-se relativamente à condenação à não emissão de regulamentação mediatamente lesiva.

Em todo o caso, para ser admissível a tutela, terá o regulamento de estar suficientemente determinado para suportar a “prova de legalidade”. Do mesmo modo, também a proteção preventiva contra uma norma jurídica obriga à verificação de exigências específicas no que respeita à necessidade de proteção jurídica (*vide infra*).

É, aliás, a propósito das exigências específicas no âmbito desta ação, que surge uma outra crítica por parte dos mais céticos. Segundo os mesmos, de pouco servirá a admissão genérica da ação de omissão de normas, uma vez que os seus requisitos apertados raramente admitiriam a procedência da ação⁸⁸. A nossa resposta a esta crítica diz respeito, uma vez mais, ao Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva. O eventual número reduzido de ações procedentes não pode justificar a inexistência, em abstrato, de um meio processual. O fundamental será sempre garantir-se a verificação da existência de uma tutela, total e sem lacunas, dos administrados⁸⁹.

⁸⁷ Exemplos típicos de objetos passíveis desta ação seriam, então, os já referidos planos urbanísticos ou de ordenamento de território, que, como também já fomos mencionando, independentemente da discussão que a sua natureza possa levantar, tomam a forma de regulamentos no ordenamento jurídico português. *Cfr.* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1170.

⁸⁸ Requisitos que resultam, em suma, de uma adaptação do regime geral de condenação da Administração à abstenção de comportamento, com o regime específico da impugnação de normas administrativas.

⁸⁹ RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1172; Também poderá ser mobilizada, como fundamento da inadmissibilidade da previsão legal desta ação, a opinião de que a admissão de tal ação apenas contribuiria para a sobrelotação de processos nos Tribunais Administrativos e conseqüente paralisação dos mesmos, porém, não obstante termos que ter presente este risco, o mesmo não pode justificar, pelo menos não por si só, a falta de um meio processual de tutela. Outras ações antes desta levantaram este mesmo risco. Parece-nos expectável, em todo o caso, que a existência de requisitos processuais rigorosamente especificados, por parte do legislador, e uma avaliação severa acerca da necessidade da tutela oferecida por esta ação, por parte dos tribunais, possa obviar a este perigo. Também adiantamos que não nos parece que esta ação esvazie o âmbito da ação de impugnação de normas, sendo antes, estas, ações complementares, aliás, tal como ocorre com as ações de impugnação de ato administrativo e de abstenção à prática de ato. Sem prescindir, também nada haveria de objetivamente problemático na substituição de um meio processual por

Passemos então, agora, a apreciar os aspetos fundamentais desta ação.

a. *Legitimidade para intentar a ação (Klagebefugnis)*

Tal como ocorre na ação de impugnação, o direito a intentar a ação de omissão contra normas regulamentares pode resultar, tanto de uma norma de proteção legal (incluindo o seu posterior desenvolvimento em termos de direito jurisprudencial), como de posições garantidas por direitos fundamentais.

Na esfera do controlo de normas no ordenamento jurídico alemão, o § 47 II da *VwGO* prevê, desde logo, a legitimidade de “qualquer pessoa singular ou coletiva que declare ser lesada, ou estar em situação de vir a ser previsivelmente lesada, nos seus direitos, pela norma regulamentar ou pela sua aplicação (...)”⁹⁰. Infere-se deste preceito que tem legitimidade o administrado que esteja a ser ilegalmente lesado (ou quando exista um “fundado receio” de o vir a ser) num bem jurídico particular, tutelado pela ordem jurídica⁹¹. Neste contexto, uma ação de omissão só é admissível quando o autor conseguir, de forma plausível, fazer valer que o comportamento da Administração causa lesão nos seus direitos⁹². A probabilidade da emissão de norma lesiva é, assim, pressuposto geral da ação inibitória⁹³. O legislador germânico decidiu

outro que se revelasse mais competente em termos de Tutela Jurisdicional Efetiva. *Cfr.* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1189.

⁹⁰ Segundo a doutrina alemã, não existe legitimidade para intentar uma ação de proteção jurídica preventiva quando em causa estejam meros inconvenientes, posições do público em geral, ou direitos de terceiros em relação a mensagens de aviso, “emissões” públicas, ou atos administrativos. Do mesmo modo, a ação de omissão não é admissível, quando em causa esteja um ato ou norma que não provoque uma lesão jurídica.

⁹¹ *Cfr.* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, pp. 1178 e 1179.

⁹² Em termos análogos ao disposto no § 42 II da *VwGO* – artigo que prevê, como pressuposto de admissibilidade da ação de impugnação de ato ou de condenação à prática de ato administrativo devido, a alegação da existência de lesão jurídica. *Cfr.* FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, p. 314.

⁹³ A “probabilidade” implica que haja mais do que a mera possibilidade, mas menos do que a certeza. Tal acontece, por exemplo, quando a Administração, através de algum meio, demonstre a sua intenção de adotar determinado comportamento. Mas não consideramos, todavia, que seja sempre necessária a existência de uma manifestação da vontade da Administração, uma vez que necessitar de um anúncio por parte da Administração seria demasiado redutor. O juízo de probabilidade da atuação administrativa lesiva, fora dos casos da “promessa administrativa”, sempre se poderá aferir através de um atual e fundado receio, que se baseie em “*indícios mi-*

instituir a lesividade como critério essencial para aferir sobre a legitimidade de propositura deste tipo de ações, fazendo-o de forma ampla, isto é, incluindo aqueles que tenham a probabilidade de serem lesados no futuro, desde que haja já uma realidade tangível. Resulta ainda do mesmo preceito que, no que diz respeito à produção da lesão, esta pode decorrer imediatamente da aplicação da norma regulamentar, ou consistir num seu efeito mediato, designadamente através de um ato de proposição da norma, desde que exista um nexo de causalidade entre o regulamento ilegal e a lesão de direitos⁹⁴.

Neste plano, tendo em vista obviar a possibilidade de ação popular (*Popularklage*), exige-se que exista uma lesão nos direitos próprios do interessado. Perante a possibilidade de vir a ser anulada, com eficácia *erga omnes*, uma disposição com carácter geral e abstrato, entende a maioria da doutrina alemã que deve, pelo menos, estar em causa uma possibilidade substancial de o autor da ação ser lesado num direito da sua esfera individual e concreta⁹⁵.

Para além da legitimidade das pessoas singulares e coletivas, o § 47 II da *VwGO* consagra igualmente a legitimidade ativa de quaisquer entidades administrativas, no âmbito do controlo de normas. Sendo que, também em relação a estas, optou o legislador alemão, por fazer uma exigência de conexão com as suas atribuições próprias, de modo a evitar o desenvolvimento de uma forma de ação pública⁹⁶.

nimamente consistentes e objetivos de que é essa a intenção da Administração". Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2004, p. 267.

⁹⁴ Repare-se neste importante pormenor do entendimento germânico, o de que, nas ações que consubstanciam um controlo de normas, os efeitos das mesmas não têm de ser necessariamente imediatos, desde que haja um nexo causal entre a ilegalidade do regulamento e a lesão de direitos. *Cfr. PEDRO DELGADO ALVES, op. cit., p. 46.*

⁹⁵ PEDRO DELGADO ALVES, *op. cit.*, pp. 46 e 47.

⁹⁶ Na Alemanha inexistente a tradicional figura da ação popular no domínio do controlo de normas, sendo, por sua vez, admitida a ação pública, mas apenas no âmbito da impugnação direta de normas, e em termos extremamente limitados. Uma opção legislativa germânica com a qual não simpatizamos particularmente, acreditando que possam existir casos de cariz excecional em que se justifique a admissibilidade de ações coletivas, nomeadamente da ação popular, assim como a legitimidade do Ministério Público – atendendo ao disposto no n.º 2, do art. 9.º do CPTA – por via a tutelarem-se interesses difusos, designadamente de saúde pública, ambiente, urbanismo, ordenamento do território, qualidade de vida ou património cultural, e no sentido de servir o pedido de omissão preventiva contra normas regulamentares, como meio de defesa de interesses metaindividuais qualificados. No mesmo sentido, RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1180; *Cfr. PEDRO DELGADO ALVES, op. cit.*, p. 47.

Com efeito, um órgão da Administração ou uma pessoa coletiva de direito público podem, desta forma, também ter legitimidade para demandar um outro órgão ou pessoa coletiva de direito público⁹⁷. Pode, em consequência, a Administração local ou regional, por exemplo, recorrer à ação de omissão para reagir contra regulamentos da Administração central que lesem a sua autonomia ou ainda, a nosso ver, contra regulamentos que lesem interesses difusos da comunidade local ou da região.

Esta legitimidade é especialmente importante em matérias nas quais o Estado e autarquias locais têm competências concorrentes, ou em que devam coordenar esforços ou cooperar nas suas atuações (*v.g.*, no âmbito do ordenamento do território)⁹⁸.

b. Outros Pressupostos de Admissibilidade

i. Procedimento de impugnação

Salvo em casos especiais legalmente previstos (veja-se, no ordenamento jurídico alemão, em particular, o § 126 III *BRRG*, relativo ao caso da função pública), a ação de omissão não pode ser precedida por um procedimento de impugnação⁹⁹.

ii. Prazo / Tempestividade

Não existe qualquer prazo explícito para interpor a ação de omissão, uma vez que os limites temporais de admissibilidade da ação dependem dos casos concretos¹⁰⁰. No caso da ação de omissão com a finalidade

⁹⁷ Quanto a esta possibilidade existem duas notas a referir. Em primeiro lugar, as autarquias, ou outras entidades de direito público, dificilmente podem ser lesadas na sua autonomia administrativa pela atividade administrativa fáctica, sendo mais provável que tal aconteça devido a atos administrativos ou normas jurídicas iminentes – desde logo, regulamentos (*v.g.* planificações de uma autarquia vizinha). Por outro lado, e segundo a doutrina alemã dominante, uma autarquia não pode invocar, por si própria, direitos fundamentais, sendo que a ação de omissão com este fundamento apenas é possível, quando existir uma ameaça às suas instituições ou funções públicas. *Cfr.* FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, p. 315.

⁹⁸ A legitimidade ativa do Estado é, neste âmbito, de grande importância, no sentido em que pode servir como mecanismo de controlo sobre a Administração local. Revelando-se também de grande utilidade, a legitimidade da Administração central, em relação às diversas entidades administrativas independentes que têm vindo a surgir. Para além da, igualmente relevante, legitimidade das mais variadas entidades públicas da Administração local ou regional. *Cfr.* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1177.

⁹⁹ FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, p. 315.

¹⁰⁰ Excetuam-se, no direito alemão, os casos previstos no § 126 III do *BRRG*; No contexto de uma ação de omissão de ato não são aplicáveis, em particular, o § 74 e o

de condenar a Administração à não emissão de norma jurídica, a ser admitida tal figura, deverá a mesma, sempre que se mostre adequado, estar dependente dos mesmos limites temporais, com as devidas adaptações, a que está a ação destinada à não emissão de ato. Por outro lado, o momento a que devemos dar relevância para efeitos de fim da admissibilidade da ação, parece-nos ser o momento a partir do qual a interposição de uma outra ação passa a ser possível¹⁰¹.

iii. *Necessidade de Proteção Jurídica – Requisito Geral*

Em termos gerais, na ação de omissão, a necessidade de proteção jurídica (*Rechtsschutzbedürfnis*) não constitui, por via de regra, nenhum problema específico. Deverá verificar-se, como sempre, o pressuposto de que a ação de omissão é o melhor meio para se obter o resultado desejado, mormente contra aquele que é o prejuízo gerado pelo poder de autoridade¹⁰².

Tal como sucede com outro tipo de ações, a possibilidade de reclamação para o órgão administrativo responsável pela atuação em causa, ou para o superior hierárquico do mesmo, não exclui a necessidade de proteção jurídica. Todavia, se o lesado se conseguir defender através da ação de impugnação ou de anulação (veja-se nos casos em que já exista um ato administrativo), não é admissível que se utilize o mecanismo da ação de omissão¹⁰³.

Desde logo, existe necessidade de proteção jurídica, no âmbito de uma ação de omissão contra uma falsa declaração de factos, mensagem de aviso, etc. – apreciando este aspeto no âmbito das “ações de informa-

§ 58 da *VwGO* – que estipulam o anúncio do ato ou a notificação da possibilidade de interpor recurso (administrativo ou jurisdicional), como momento a partir do qual se começa a contar um específico prazo de impugnação ou recurso. Pode-se, no entanto, perder o direito a interpor uma ação de omissão, por exemplo, nos casos em que é suportado um prejuízo fáctico, por um longo período de tempo, sem resistência. *Cfr.* FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, p. 315.

¹⁰¹ RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, pp. 1191 e 1192.

¹⁰² É o que acontece, por exemplo, quando o autor ainda não exigiu o fim de um ónus atual, por parte da autoridade responsável pelo mesmo, ou quando o autor pretende a omissão de uma repetição expectável, isto é, quando exista um perigo de repetição de uma determinada atuação.

¹⁰³ Veja-se, por exemplo, o típico caso, em que se deixa passar o prazo para a interposição de uma ação de anulação contra a decisão de aprovação de um projeto, deixa também de haver a necessidade de proteção jurídica relativa a uma ação para a omissão dos prejuízos causados em resultado do projeto aprovado, pelo menos desde que este se mantenha na medida em que foi autorizado.

ção” –, tanto numa ação destinada a revogar uma declaração passada (uma ação de condenação em prestação, de acordo com o direito alemão), como em relação a uma ação que visa omitir uma declaração para o futuro. Isto porque a revogação, por si só, não cria qualquer certeza sobre se a autoridade (por exemplo, através de outro funcionário) evitará a repetição no futuro.

Por outro lado, veja-se que apesar de se verificar que a maior parte dos pedidos propostos através desta ação têm como demandada a Administração, importa notar que também pode existir a necessidade de proteção jurídica, no âmbito de uma ação de omissão, a ser utilizada por um órgão administrativo contra um particular¹⁰⁴. Desta forma, é assim possível a condenação de particulares ao cumprimento de deveres que a Administração não esteja em condições legais de impor extrajudicialmente, por si própria¹⁰⁵. Quer isto dizer que a Administração poderá propor uma ação contra um particular quando exista um “fundado receio” de que este possa violar determinados vínculos jurídico-administrativos. Neste contexto, é necessário que estejam em causa direitos e interesses que lhe cumpra defender, sendo ainda requisito de admissibilidade que a mesma, no caso concreto, não possua poderes especiais de autoridade que lhe confirmem a capacidade de evitar a violação, nomeadamente o poder de autotutela executiva¹⁰⁶. Neste caso não teria interesse processual em agir¹⁰⁷, não existindo, portanto, a necessidade da proteção jurídica oferecida pela ação de omissão.

Por último, note-se, ainda, que não existe necessidade geral de proteção jurídica para a ação de omissão, por parte do administrado, quando

¹⁰⁴ Também poderá ser utilizada por um particular contra outro particular, desde que em causa esteja a ameaça de violação, ou a violação efetiva ainda não finda, de regras jurídico-administrativas (contratuais ou legais). Por “particular” pode entender-se, para estes efeitos, todas as entidades envolvidas na prossecução do interesse público, que não possam ser consideradas pessoas coletivas de direito público. Como é o caso, por exemplo, dos concessionários, das sociedades participadas pelo Estado, das pessoas coletivas de utilidade pública, ou das instituições privadas de solidariedade social. Para além de todos os outros particulares, no sentido tradicional da palavra; *Cfr.* art. 10.º, n.º 9, do CPTA.

¹⁰⁵ Tal é o caso, por exemplo, quando a conduta do particular consubstancia a violação de um contrato de direito público, que não prevê explicitamente a execução por regulação unilateral. *Cfr.* FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, pp. 316 e 317.

¹⁰⁶ RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1177; *Cfr.* art. 37.º, n.º 3, do CPTA.

¹⁰⁷ Uma vez que o meio processual não seria o adequado para evitar a lesão na esfera jurídica do interessado.

o mesmo contradiz o seu próprio agir (*Tun*)¹⁰⁸. Consagrando-se, neste aspeto em particular, uma refração do princípio *nemo potest venire contra factum proprium*.

c. *A questão da Necessidade Qualificada de Proteção Jurídica no caso da Proteção Jurídica Preventiva*

Como temos vindo a aflorar, atendendo ao facto de a proteção jurídica preventiva consubstanciar uma ingerência num procedimento da Administração Pública ainda não concluído, e se for o caso, o evitar de um procedimento de impugnação, a mesma só poderá ser considerada em casos excepcionais, particularmente graves. Assim sendo, se a ação de omissão for intentada contra um agir futuro da Administração, é condição de admissibilidade que o demandante tenha de explicar a especial necessidade de se recorrer à proteção jurídica preventiva.

Os pressupostos são estritos – destinando-se a *VwGO*, em termos gerais, à proteção jurídica posterior –, sobretudo quando a proteção jurídica preventiva é interposta contra um ato administrativo iminente, ou uma norma jurídica futura. Isto porque, nestes casos, o efeito oneroso só tem lugar, em regra, aquando da notificação do ato administrativo, ou com a entrada em vigor da norma. Além disso, no ordenamento jurídico alemão, com a *vorläufigen Rechtsschutz* (proteção jurídica provisória), a *VwGO* proporciona aos seus destinatários, assim como a terceiros, um conjunto de instrumentos altamente diferenciados de delimitação do risco e de proteção perante factos consumados, cuja importância e prioridade foram confirmadas e incrementadas com o § 80 I 2 e o § 80a, assim como pelo § 47 VI da *VwGO* (referente à proteção jurídica provisória no processo de controlo das normas – *Normenkontrollverfahren*)¹⁰⁹.

Com efeito, a doutrina alemã considera que o autor de uma ação de omissão preventiva precisa de ter uma “necessidade qualificada de proteção jurídica”, principalmente quando a tutela preventiva se dirige à omissão de uma norma ou de um ato administrativos. Justifica-se, esta posição, precisamente pela existência de uma tutela reativa muito completa, que se alia, na maior parte dos casos de forma muito eficaz, à proteção jurídica provisória¹¹⁰.

¹⁰⁸ Imagine-se o exemplo de um cidadão que vende um terreno para a construção de um parque infantil, e, posteriormente, pretende interpor uma ação contra a construção e uso que lhe foi dado enquanto parque infantil. Não existe aqui, claramente, uma necessidade de proteção jurídica.

¹⁰⁹ FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, p. 317.

¹¹⁰ A tutela cautelar é realizada na Alemanha através de duas figuras: o efeito sus-

Aceita-se, portanto, este tipo de tutela, apenas quando se preveja que existirão danos irreversíveis na esfera jurídica do autor, e que uma tutela *a posteriori*, mesmo que aliada a uma proteção jurídica provisória, não seja capaz de salvaguardar.

Em termos mais concretos, verifica-se, aliás, que a maioria das sentenças de condenação à omissão preventiva de normas regulamentares, proferidas na Alemanha, foram emitidas antes da introdução no ordenamento jurídico, da proteção jurídica provisória em sede de controlo de normas, pelo que rapidamente se percebe o porquê de a necessidade de proteção jurídica qualificada só se verificar em casos excecionais.

Segundo a jurisprudência alemã, a aceitação desta tutela preventiva ocorre, então, quando se verificam os seguintes requisitos cumulativos, que se traduzem na referida “necessidade qualificada de proteção jurídica”:

- i. Na fase preliminar, de procedimento de elaboração de uma norma jurídica (assim como no caso do ato administrativo), se temerem interferências graves, por parte da Administração, visando um interesse do autor especialmente digno de proteção;
- ii. Não for razoável, segundo um juízo de proporcionalidade, que o lesado espere que o regulamento entre em vigor, tendo em conta os assuntos discutidos e a decisão iminente;
- iii. Estiver claro que os interesses do autor não podem ser devidamente acautelados pela proteção jurídica posterior (incluindo a proteção jurídica provisória nos termos do § 80, § 47 VI ou § 123 da VwGO)¹¹¹.

Note-se, todavia, que uma eventual transposição, sem mais, desta “necessidade qualificada” para o nosso ordenamento jurídico deixa-nos, no entanto, algumas reticências, isto porque o enquadramento normativo é diferente e, no ordenamento jurídico português, a tutela destes casos não nos parece, em termos gerais, tão forte como a alemã. O fundamental, neste contexto, sempre será, mais uma vez, a garantia do Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva¹¹².

pensivo automático de ações de impugnação (atenda-se ao já mencionado § 80 da VwGO – *Aufschiebende Wirkung, vorläufiger Rechtsschutz*) e a emissão de “ordens provisórias” (veja-se, ainda, neste âmbito, o § 123 da VwGO – *einstweilige Anordnung*). Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direito Contencioso Administrativo*, Vol.1, LEX, Lisboa, 2005, p.117.

¹¹¹ FRIEDHELM HUFEN, *op. cit.*, pp. 317 e 318.

¹¹² Cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1187.

d. A Possibilidade de Tutela Cautelar

A tutela preventiva concebida pela ação de omissão distingue-se, obviamente, da tutela provisória – prevista no § 47 VI da *VwGO*, em específico para o âmbito do controlo de normas –, uma vez que na primeira procura-se uma decisão de mérito sobre o fundo da questão e a resolução de um conflito jurídico, e não uma cognição sumária, temporária e instrumental da mesma.

A previsão legal da al. a), do n.º 2, do art. 112.º do CPTA, estipula expressamente a providência cautelar que visa a suspensão de norma. No entanto, a sua leitura conjugada com o artigo 130.º do CPTA limita em demasia o seu âmbito de aplicação¹¹³. Para além do requerimento da suspensão de norma, com força obrigatória geral, apenas ser possível às entidades a que se refere o n.º 2, do art. 130.º – tratando-se, esta, de uma opção político-legislativa, a nosso ver, um pouco infeliz, que não faz muito sentido, principalmente quando se fala em casos graves de ilegalidade, isto é, de certas ilegalidades qualificadas, veja-se o caso da emissão de um regulamento expressamente proibido –, desde logo se lê também, no n.º 1 do mesmo preceito, “*norma emitida*”¹¹⁴.

Numa outra perspetiva, no seio do ordenamento jurídico português, a eventual admissão da existência de uma providência cautelar, com efeito suspensivo da emissão de normas regulamentares, com possibilidade de posterior “inversão do contencioso”, isto é, da *antecipação do juízo da causa principal* – art. 121.º do CPTA –, poderia acabar por resultar, na prática, no mesmo grau de proteção jurídica que uma ação de omissão preventiva de normas regulamentares, aliada a uma tutela provisória. Todavia, não obstante as tutelas cautelares inominadas começarem a ganhar espaço no âmbito do contencioso administrativo português, tendo também como fundamento de aceitação e proliferação o Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva¹¹⁵, a verdade é que o deferimento e bom

¹¹³ Cfr. Acórdão do TCA Sul, Secção: CA, de 18-10-2018 (Proc. n.º 92/18.6BELSB).

¹¹⁴ A adoção de providências cautelares depende, em todo o caso, do preenchimento dos requisitos do art. 120.º do CPTA, que no contexto de uma ação de omissão de normas não deverão representar um grande problema, tendo em conta o duro teste de admissibilidade da ação principal. Para efeitos da recusa prevista no n.º 2, do art. 120.º do CPTA, note-se que não há lugar à ponderação do interesse público no âmbito da ilegalidade. O interesse público não pode ser atingido através de meios ilegais. Mais uma vez se reforça que a atividade administrativa, na prossecução dos seus fins e na condução das políticas públicas, encontra-se *sempre* vinculada “à lei” e “ao direito”.

¹¹⁵ Cfr. JOÃO TIAGO SILVEIRA, «*O Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva e as tendências cautelares não especificadas no contencioso administrativo*», Arquivo de artigos publicados mlgts, 2012, p. 13 e ss.

termo, em termos práticos, de uma providência cautelar desta natureza, seria de difícil alcance tendo em conta o panorama atual de relutância, por parte dos Tribunais Administrativos Portugueses, face a tais mecanismos de tutela preventiva. Não consideramos, no entanto, justificada tal hesitação, não vislumbrando o porquê de não se prever que se suspenda provisoriamente a entrada em vigor de uma norma que mostre sinais de ilegalidade e que se mostre lesiva de direitos e interesses legalmente protegidos, da mesma forma que não se vê justificada a impossibilidade de o juiz cautelar ordenar à Administração que corrija a ilegalidade de uma norma, antes da sua entrada em vigor¹¹⁶. Esta solução encontra, aliás, apoio no âmbito do regime de providências cautelares relativas ao procedimento de formação de contratos, onde se prevê expressamente a possibilidade de correção de normas administrativas¹¹⁷.

De todo o modo, e à parte da possibilidade de antecipação do juízo da causa, a conjugação de uma ação de omissão preventiva com uma providência cautelar¹¹⁸ também sempre deverá ser, seguindo o exemplo alemão, de se admitir, uma vez que permite paralisar a atuação lesiva, evitando a inutilidade da sentença perante factos consumados¹¹⁹. Isto porque não se tratando, aqui, de uma ação urgente, a instauração da mesma não tem qualquer efeito inibitório¹²⁰. A eventual interposição de uma

¹¹⁶ MÁRIO JORGE LEMOS PINTO, *A Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão no Contencioso Administrativo Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 289.

¹¹⁷ ANA GOUVEIA MARTINS, *A Tutela Cautelar no Contencioso Administrativo (Em Especial, no Procedimento de Formação dos Contratos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 348 e 482; Cfr. art. 132.º, n.º 5, do CPTA.

¹¹⁸ Com a conjugação destas duas formas de tutela, teremos presente uma *tutela preventiva cautelar*, e ainda, uma *tutela inibitória preventiva*. Uma situação semelhante à que decorre do art. 112.º, n.º 2, al. i), do CPTA, que estipula a providência cautelar da intimação para a abstenção de uma conduta por parte da Administração. Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, «*A Ação Administrativa Comum*», *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁹ Neste contexto, a previsão legal expressa da ação de condenação à omissão de normas, no nosso ordenamento jurídico, apresenta-se de extrema relevância no que à efetivação prática destes mecanismos de tutela preventiva diz respeito. Em primeiro lugar porque permite a existência de uma articulação perfeitamente compatível do pedido da não emissão de normas enquanto tutela cautelar, com o pedido de uma ação principal. Em segundo lugar, com esta previsão legal expressa, o tribunal passa a estar numa posição de indubitável competência para condenar a Administração à não emissão de regulamentos, tanto no âmbito de uma ação principal, como na propositura de tutelas cautelares; Note-se que a possibilidade, e suficiência *in casu*, do decretamento de uma providência cautelar desta natureza, traria ao de cima o carácter subsidiário que caracteriza a tutela oferecida pela figura da Intimação para a Proteção de DLG.

¹²⁰ No âmbito da tutela preventiva provisória, destacamos, ainda, a possibilidade de convalidação do processo de Intimação para a Proteção de DLG em providên-

providência cautelar preliminar¹²¹ permitirá, ainda, parar o decorrer de um procedimento antes mesmo de se propor a ação de omissão, esta possibilidade torna-se muito útil, nomeadamente nos casos em que já se está a ser lesado ou quando o procedimento de formação normativa (e consequentemente de apreciação jurídica) seja especialmente complexo¹²². A propositura de uma providência cautelar torna-se, também, muito útil, nas situações em que consegue evitar que na procedência da ação decorra o tempo entre a publicação das normas e a sua entrada em vigor¹²³.

e. Características da Sentença e Efeitos da Decisão

Numa ação cuja pretensão se dirige à condenação à abstenção ou omissão de comportamentos lesivos ilegais, a sentença emitida pelo tribunal caracteriza-se por ser uma sentença inibitória¹²⁴. A sentença à não emissão de regulamento, em específico, deve ser uma sentença condenatória, sendo certo que sempre deverá ocorrer quando e na mes-

cia cautelar. Para mais desenvolvimentos, entre outros autores, *vide* CARLA AMADO GOMES, «Uma revisão previsível: a convolação do processo de intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias em providência cautelar (artigo 110.º-A do Anteprojeto de revisão do CPTA)», *in*: O Anteprojeto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate, Ana Fernanda Neves, Carla Amado Gomes e Tiago Serrão (coord.), AAFDL, Lisboa, 2014; *Cfr.* art. 110.º-A do CPTA.

¹²¹ Mecanismo previsto na lei alemã em sede de controlo de normas; Note-se que, em todo o caso, e com as devidas adaptações, devem as providências cautelares respeitar, para efeitos de publicação, o disposto no n.º 2, do art. 125.º do CPTA.

¹²² *Cfr.* DIOGO FREITAS DO AMARAL «As Providências Cautelares no Novo Contencioso Administrativo», *in*: CJA, n.º 43, 2004, p. 7 e ss; *Cfr.* art. 114.º, n.º 1, al. a), do CPTA.

¹²³ Em ações contra normas jurídicas, a “zona cinzenta” do tempo que decorre entre a publicação da norma e a sua entrada em vigor – analogamente, o período de *vacatio legis* –, será sempre de extrema importância em termos preventivos, veja-se, comparativamente, a importância do período de *stand still*, no âmbito dos contratos públicos; Pode ocorrer, neste contexto, a situação de não ter sido decretada nenhuma providência cautelar e de a ação principal ainda não ter conhecido uma decisão final transitada em julgado. Propõe-se que exista, neste caso, a possibilidade de se proceder à aplicação analógica do art. 63.º do CPTA, relativo à ampliação da instância, passando a abranger-se a impugnação dos atos praticados, derivados do regulamento ilegal e lesivo, por forma a evitar o completo desaproveitamento de tudo quanto já tivesse sido judicialmente estabelecido ao longo do processo. Fundamenta-se, esta possibilidade, com o princípio *pro actione*, ou da promoção do processo, previsto no art. 7.º do CPTA.

¹²⁴ A sentença impõe um limite à atuação administrativa, que perde a liberdade de se comportar de determinada forma ou de dispor em determinado sentido, esclarecendo as vinculações da Administração e os limites da sua competência; *Vide* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, pp. 1194 e 1195.

ma medida em que ocorre a condenação à não emissão de ato, isto é, quando seja o ato proibido, ou a sua abstenção devida¹²⁵. Enumeram-se os seguintes casos, relativamente ao ato administrativo, a ser aplicados às normas jurídicas, com as devidas adaptações: (i) quando a medida ou efeito do ato não estiver legalmente previsto como possível; (ii) quando o ato for expressamente proibido; (iii) quando a lei conferir ao interessado o direito a uma abstenção relativamente a uma determinada atuação; (iv) quando os pressupostos legais da prática de determinado ato não podem verificar-se, no caso concreto¹²⁶.

No que diz respeito aos efeitos da decisão, verifica-se que no seio do ordenamento jurídico alemão, é o § 47 V da *VwGO* que estipula os efeitos da decisão do tribunal que conclua pela ilegalidade de normas administrativas. Nos termos deste preceito, a norma é declarada inválida com eficácia *erga omnes* (*allgemein verbindlich*), sendo a decisão jurisdicional publicada nos mesmos termos em que foi (ou deveria ter sido) a norma inválida¹²⁷. No âmbito da ação de impugnação de normas administrativas os efeitos de tal decisão retroagem à data de entrada em vigor da norma, admitindo-se, aqui, a hipótese desta fase já ter ocorrido (eficácia *ex tunc*)¹²⁸ – veja-se, no nosso ordenamento jurídico, o disposto no art. 76.º, n.º 1, do CPTA.

Reconhece-se, por exigência lógica, também no regime da ação de omissão de normas, a necessidade da existência de uma eficácia *ex tunc* e de um efeito reconstitutivo da sentença, que sempre dependerá das circunstâncias do caso concreto e da fase em que se encontrava o processo de formação normativa onde se detetou a questão da ilegalidade¹²⁹. Não

¹²⁵ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 267 e 268.

¹²⁶ *Cfr.* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1195.

¹²⁷ *Cfr.* PEDRO DELGADO ALVES, *op. cit.*, p. 49.

¹²⁸ Ressalvando-se, em princípio, as situações de caso julgado e os atos administrativos inimpugnáveis eventualmente decorrentes do regulamento. *Cfr.* § 183 da *VwGO*.

¹²⁹ Nasce para a Administração, com a sentença contra si proferida, um dever de restabelecimento da legalidade. Note-se, todavia, que a sentença de condenação da Administração à não emissão de norma jurídica pode não limitar para todo o sempre a competência da Administração em relação à atuação a que se refere. Significando isto que existem limites a esta sentença, sendo estes, os pressupostos de facto e de direito que a fundamentaram. Com efeito, a sentença deve esclarecer devidamente qual a norma regulamentar que a Administração fica proibida de emitir, assim como o seu conteúdo concreto, sendo que uma qualquer alteração na matéria de facto ou de direito, pode tornar a emissão da norma admissível. Em termos sumários, o caso julgado tem como limites a manutenção das circunstâncias de facto e de direito – de acordo com a cláusula *rebus sic stantibus*. *Cfr.* RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, p. 1196.

nos parece, por certo, que faça sentido que a sentença se deva reportar somente ao momento da entrada em vigor da norma, como acontece na ação de impugnação, situação que, com a interposição desta ação, especialmente se a mesma estiver aliada a uma tutela provisória, provavelmente nem chega a ocorrer¹³⁰. Os efeitos da sentença de condenação à não emissão de norma devem reportar-se, na nossa linha de pensamento, ao momento a partir do qual o regulamento se tornou inválido¹³¹.

Por último, a sentença dos Tribunais Administrativos é passível de constituir título de legitimidade para a interposição de uma ação de execução, quando a Administração não cumpre, ou não cumpre de modo tempestivo ou adequado, os deveres nela expressamente contidos ou da mesma extraíveis¹³². Consideramos que, no âmbito do regime de execução de sentença que condene a Administração à não emissão de regulamento, pode aplicar-se, através de uma interpretação extensiva ou de *analogia legis* (justificada pela existência da lacuna), o disposto no n.º 3, do art. 164.º do CPTA, relativo à petição de execução, uma vez que a norma emitida, sendo contrária a uma sentença, é necessariamente nula – art. 158.º do CPTA. Acrescenta-se que uma sentença do tipo inibitória, como a que nos serve de base de estudo, considerando que impõe uma abstenção, apenas poderá comportar uma execução no caso de ser expressamente violada, isto é, quando houver um agir ilícito¹³³.

¹³⁰ Caso em que, não fará sentido chegar a falar-se nos efeitos repristinatórios das normas anteriores; Para uma visão comparativa, em contraposição com os efeitos da declaração de ilegalidade de normas por via da impugnação, *vide* J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, *op. cit.*, pp 222 e 223.

¹³¹ Mesmo nos casos em que a condenação da Administração apenas tenha como consequência a existência de um dever de retificação do regulamento, porquanto o vício em causa é passível de sanção, através, por exemplo, da introdução de uma cláusula de exceção, para que essa correção seja irrepreensível, a Administração deverá restabelecer a situação anterior à falha ocorrida, devendo voltar-se ao momento de formação normativa, no qual a mesma deveria ter sido inserida no regulamento e não o foi. Em todo o caso, e não obstante a nossa posição sobre qual deverá ser a regra, também admitimos que o tribunal possa, de forma devidamente fundamentada, determinar um outro momento (posterior) para a produção dos efeitos da sentença, nomeadamente o momento do trânsito em julgado da mesma, de forma semelhante à que ocorre nos termos do n.º 2, do art. 76.º do CPTA. Uma ressalva que se faz pela geometria variável do tipo de processos que esta ação pode abranger. Reconhecemos que, dependendo do enquadramento do caso concreto, poderemos ter sentenças de alcance diverso.

¹³² No contexto de uma ação de omissão, no caso de a sentença ter sido proferida contra um particular, o processo executivo também decorre junto dos Tribunais Administrativos, mas segue a lei processual civil.

¹³³ RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, pp. 1197 e 1198.

V. Conclusão

Fechamos a nossa exposição verificando a necessidade de se garantir a afirmação do Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva, isto é, dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, plenos e efetivos, de acesso à justiça.

Concluimos pela falta de fundamentação que sustente a inadmissibilidade, e a não previsão legal, do poder de condenação à não emissão de normas que se apresentem em desconformidade com *a Lei* e com *o Direito*. Exigindo-se, assim, por via da garantia do Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva, a consolidação da tutela preventiva dos Tribunais Administrativos Portugueses, assim como o reforço dos poderes do juiz administrativo, quer na previsão do poder de condenação à não emissão de regulamentos, quer no reforço e expansão do leque de tutelas cautelares a deverem ser admitidas no contencioso administrativo português, nomeadamente ao nível do controlo normativo.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, PEDRO DELGADO, «*O Novo Regime de Impugnação de Normas*», in: *Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo – Estudos Sobre a Reforma do Processo Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2005;
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, «*As Providências Cautelares no Novo Contencioso Administrativo*», in: CJA, n.º 43, 2004;
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 19.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022;
- , «*Tutela Cautelar*», in: CJA, n.º 34, 2002;
- CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª Imp., Almedina, Coimbra, 2016;
- CORREIA, SÉRVULO, *Direito Contencioso Administrativo*, Vol.1, LEX, Lisboa, 2005;
- GOMES, CARLA AMADO, «*Dúvidas não metódicas sobre o processo de impugnação de normas no CPTA*», in: CJA, n.º 60, 2006;
- , «*Pretexto, Contexto e Texto da Intimação para a Proteção de Direitos, Liberdades e Garantias*», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles*, Vol. V, Almedina, Coimbra, 2003;
- GONÇALVES, PEDRO COSTA, «*A Ação Administrativa Comum*», in: *A Reforma da Justiça Administrativa*, BFDUC, *Stvdia Ivridica* 86, *Colloquia* - 15, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;
- , *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2019;
- , «*Regulação Administrativa e Contrato*», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- HÄBERLE, PETER, «*O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional*», in: *Direito Público N.º 2 – Doutrina Estrangeira*, Out-Nov-Dez/2003;
- HUFEN, FRIEDHELM, *Verwaltungsprozessrecht*, 6., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2005;
- LANCEIRO, RUI TAVARES, «*A Condenação à Abstenção de Comportamentos no Código de Processo dos Tribunais Administrativos*», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Coreia*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- LLORENTE, FRANCISCO RUBIO, «*Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe*», in: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XII, 1996;

- MARTINS, ANA GOUVEIA, *A Tutela Cautelar no Contencioso Administrativo (Em Especial, nos Procedimentos de Formação dos Contratos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;
- MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;
- MONIZ, ANA RAQUEL GONÇALVES, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez: Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Coimbra, 2011;
- , «Os Princípios Normativos são Parâmetro de Vinculação dos Regulamentos?», *in: Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016;
- MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «Novidades em Matéria da Disciplina dos Regulamento no Código de Procedimento Administrativo», *in: O Novo Código de Procedimento Administrativo, Conferências do CEJ 2014-2015 – Jurisdição Administrativa e Fiscal*, Outubro de 2016;
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE / OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2004;
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE, «A Impugnação e Anulação Contenciosa de Regulamentos», *in: Revista de Direito Público*, n.º 2, 1986;
- PINTO, MÁRIO JORGE LEMOS, *A Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão no Contencioso Administrativo Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- QUEIRÓ, AFONSO RODRIGUES, «Teoria dos Regulamentos», 1.^a parte, *in: Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVII, Livraria Almedina, Coimbra;
- , «Teoria dos Regulamentos», 2.^a parte, *in: Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVIII, Livraria Almedina, Coimbra;
- SCHENKE, WOLF-RÜDIGER, *Verwaltungsprozessrecht*, 5., neubearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1997;
- SILVA, VASCO PEREIRA DA, *O Contencioso Administrativo como “Direito Constitucional Concretizado” ou “Ainda por Concretizar”?*, Almedina, Coimbra, 1999;
- SILVEIRA, JOÃO TIAGO, «O Princípio da Tutela Jurisdicional Efectiva e as Tendências Cautelares Não Especificadas no Contencioso Administrativo», Arquivo de artigos publicados mlgts, 2012.