JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

Artigos

O contencioso urgente da contratação pública
Rodrigo Esteves de Oliveira

Anotações

Acto nulo ou acto anulável? – A jus-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação – Ac. do Tribunal Constitucional n.º 594/2008, de 10.12.2008, P. 1111/07, anotado por
Miguel Prata Roque

Mandado, por quem? – Ac. do Tribunal Constitucional n.º 145/2009, de 24.3.2009, P. 558/08, anotado por
Dulce Lopes

Poderes sancionatórios no contrato administrativo: um caso de usurpação de poderes – Ac. do STA de 22.4.2004, P. 2925/02, anotado por
Mark Kirkby

A classificação administrativa do domínio público municipal – Ac. do STA de 3.4.2008, P. 934/07, anotado por
J. C. Vieira de Andrade

Informação de Jurisprudência
Setembro/Outubro de 2009
Carlos Monteiro
Mário Torres
Rosendo Dias José

N.º 78 • NOVEMBRO/DEZEMBRO 2009 | € 18,00 | ISSN: 0873-6294

Mandado, por quem?

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 145/2009 (1.ª Secção) de 24.3.2009, P. 558/08

Competência dos tribunais administrativos. Competência dos tribunais judiciais. Fiscalização municipal. Mandado para entrada em domicílio. Reserva de competência legislativa da Assembleia da República (Organização e competência dos tribunais).

I – A Lei Constitucional n.º 1/89, de 8/7, constitucionalizou uma jurisdição administrativa autónoma, tornando os tribunais administrativos e fiscais os tribunais comuns para o julgamento de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e fiscais. Qualquer desvio à ordem constitucional tipicamente competente terá de provir de acto da Assembleia da República, salvo autorização ao Governo – art. 165.º, n.º 1, alínea p)*, da Constituição da República Portuguesa (CRP) –, sob pena de inconstitucionalidade orgânica.*

II – O legislador ordinário pode atribuir pontualmente a tribunais não administrativos o conhecimento de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, desde que tais desvios se mostrem providos de fundamento material razoável e desde que, pelo seu número ou importância, não esvaziem do seu âmago essencial a competência dos tribunais administrativos.

III – O n.º 3 do art. 95.º do DL n.º 555/99, de 16/12, ao atribuir ao juiz da comarca a competência para a emissão de mandado para entrada no domicílio para fiscalização de obras, foi emitido sem credencial parlamentar e é inovador. Anteriormente, estando em causa o exercício de função administrativa integrante do poder das autarquias locais, na ausência de previsão legal expressa e face ao disposto no art. 212.º, n.º 3, da CRP, tal competência cabia aos tribunais administrativos.

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional:

I. Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do 1.º Juízo Cível da Comarca de Lisboa, em que são recorrentes o Ministério Público e o Município de Lisboa e é recorrida IMOEF – Sociedade Mobiliária, SA, foi interposto recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da alínea *a)* do n.º 1 do art. 70.º da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), da decisão daquele Juízo de 17 de Abril de 2008.

2. O tribunal recorrido decidiu *não aplicar, porque ferido de inconstitucionalidade orgânica, o art. 95.º, n.º 3, do DL n.º 555/99, de 16/12; declarar o Tribunal incompetente – em razão da matéria – para conhecer da providência requerida pelo Município de Lisboa;* e, *em consequência, absolver a requerida, A., SA, da instância.*

É a seguinte a fundamentação da decisão:

«De harmonia com o preceituado no artigo 95.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, os funcionários municipais incumbidos da fiscalização de obras podem realizar inspecções aos locais sujeitos a fiscalização. Nos termos do n.º 2 da citada norma, tal não dispensa a obtenção de prévio mandado judicial para a entrada no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento. «*O mandado previsto no número anterior é concedido pelo juiz da comarca respectiva a pedido do presidente da câmara municipal e segue os termos do procedimento cautelar comum.*»

A pretensão do requerente deste procedimento cautelar consubstancia-se na emissão de *mandado judicial*, para permitir que a Câmara Municipal de Lisboa exerça as suas atribuições

de fiscalização de obras, uma vez que esta alega que – para tal – existe a necessidade de entrar no prédio dos autos, que é propriedade privada.

A actividade camarária referida, inserida na regulação do urbanismo, integra-se na ordenação geral da vida colectiva, com vista a assegurar um nível aceitável de qualidade de vida no território, mesmo que sem meios de coerção. Estes poderes são poderes administrativos das autarquias locais, ao abrigo dos quais estas praticam actos administrativos – actos jurídicos unilaterais, para produzir efeitos jurídicos numa situação individual, no caso concreto (Ac. n.º 579/95 do Tribunal Constitucional, citado no Ac. n.º 229/2007, do Tribunal Constitucional, publicado no *Diário da República*, II, n.º 99, de 23 de Maio de 2007).

São da competência dos tribunais judiciais apenas as matérias que a lei não atribua a outra ordem jurisdicional [artigo 66.º do Código de Processo Civil (CPC) e artigo 18.º, n.º 1, da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais].

Da análise da lei de autorização legislativa – Lei n.º 110/99, de 3 de Agosto – resulta que é concedida ao Governo, pelo Parlamento, autorização para prever, em matéria de garantias dos particulares, a possibilidade de recurso a intimação judicial para a prática de acto legalmente devido [artigo 2.º, alínea *t)*]; e ainda para cometer competências em razão da matéria e do território aos tribunais judiciais para conhecer das acções, bem como disciplinar a sua tramitação, em que se requeira autorização judicial para a promoção directa da execução das obras de urbanização, nos casos em que as mesmas não sejam realizadas pelos loteadores, nem pelas câmaras municipais [alínea *x)*].

Na alínea *x)* não vem contemplada a hipótese dos autos, uma vez que vem contemplada a atribuição de competência para conhecer de acções, e ainda porque se refere directamente a promoção da execução das obras de urbanização, quando estas não sejam executadas pelos loteadores, nem pelas autarquias.

Omissis

A hipótese aqui configurada não pode ser olhada como uma situação do Direito privado, tendo que ver com a prossecução do interesse público e a eventual necessidade do sacrifício de determinados interesses particulares, em nome do bem comum. As competências a que se refere o n.º 1 do artigo 95.º citado são, assim, claro exercício de poderes públicos (função administrativa integrante do poder autárquico).

Verificado este pressuposto, e sendo os actos em questão actos de gestão pública, concluir-se-á com algum grau de certeza que o salto lógico dado pelo n.º 3 do artigo 95.º do diploma citado não está contemplado pela autorização legislativa, sendo a solução encontrada nessa norma divergente da que resulta dos critérios gerais (da contraposição gestão privada/gestão pública), o que intensifica a necessidade de autorização expressa para legislar.

Diz o requerente que não se discute neste acto a legalidade do acto administrativo, mas apenas o meio de efectivação da fiscalização das «obras ilegais». Entendemos que tem razão, neste aspecto, mas haverá que ponderar as consequências práticas e jurídicas da posição do requerente.

Assim, remetendo o n.º 3 do artigo 95.º do diploma em apreço para o procedimento cautelar comum, os tribunais judiciais seriam também os competentes para a acção (definitiva), nos termos do artigo 383.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, que aqui só poderia ser vista como o recurso contencioso da decisão administrativa final. Ora esta «acção definitiva» pertenceria claramente à jurisdição administrativa, nunca aos tribunais comuns.

Consabidamente, a reserva de lei integra a competência material dos tribunais. A norma do n.º 3 do artigo 95.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, é organicamente inconstitucional, por estar inserida num decreto-lei editado pelo Governo, ao abrigo da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 201.º da Constituição, sem a autorização legislativa da Assembleia da República, nos

termos do artigo 168.º, n.º 1, alínea *q)*, da Constituição. A consequência adjectiva da incompetência em razão da matéria, nos termos do n.º 1 do artigo 105.º do Código de Processo Civil, e ultrapassada a fase liminar, é a absolvição da instância do demandado».

3. Notificado para alegar, o Ministério Público concluiu nestes termos:

Omissis

4. Notificado para alegar, o Município de Lisboa concluiu da forma seguinte:

«I – O recorrente peticionou a emissão de mandado judicial para entrada no imóvel dos autos, com o propósito de fiscalizar as obras em curso sem licença municipal, ao abrigo das disposições conjugadas dos n.os 2 e 3 do artigo 95.º do RJUE [Regime Jurídico da Edificação e Urbanização] e dos artigos 381.º e seguintes do CPC;

II – Nos termos conjugados no disposto nos artigos 211.º, n.º1, e 212.º, n.º 3, da CRP, os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais, sendo da competência dos tribunais administrativos o julgamento de acções e recursos que tenham por objecto a apreciação dos litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e fiscais;

III – A situação em apreço não se subsume no âmbito da competência dos tribunais administrativos e fiscais, pelo que se conclui pela competência residual dos tribunais comuns;

IV – São competentes para conhecer dos pedidos de emissão de mandado judicial os tribunais judiciais, nos termos dos artigos 62.º, 64.º e 65.º da LOFTJ – Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Dezembro de 2006;

V – Não se discute nos presentes autos a legalidade ou oportunidade da acção fiscalizadora que a lei comete às autarquias mas tão-só o meio para a efectivar, que no caso dos autos corresponde à autorização judicial peticionada no requerimento inicial;

VI – O artigo 95.º, n.º 3, do RJUE não padece de inconstitucionalidade orgânica por não interferir com o sistema de repartição das competências dos tribunais, antes constitui mais um exemplo do princípio constitucional da reserva do juiz;

Omissis

Cumpre apreciar e decidir.

II. Fundamentação

1. A decisão recorrida recusou a aplicação do art. 95.º, n.º 3, do DL n.º 555/99, de 16/12 – RJUE – com fundamento em inconstitucionalidade orgânica, por violação do art. 168.º, n.º 1, alínea *q)*, da CRP.

O art. 95.º tem a seguinte redacção:

«Artigo 95.º (*Inspecções*)

1 – Os funcionários municipais responsáveis pela fiscalização de obras ou as empresas privadas a que se refere o n.º 5 do artigo anterior podem realizar inspecções aos locais onde se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização nos termos do presente diploma, sem dependência de prévia notificação.

2 – O disposto no número anterior não dispensa a obtenção de prévio mandado judicial para a entrada no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento.

3 – *O mandado previsto no número anterior é concedido pelo juiz da comarca respectiva a pedido do presidente da câmara municipal e segue os termos do procedimento cautelar comum.*» (itálico aditado)

A decisão recorrida recusou a aplicação do n.º 3 deste artigo, enquanto atribui competência ao juiz da comarca para conceder mandado para a entrada em domicílio de pessoa que não dê o seu consentimento, no qual se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização por parte de funcionários municipais, por falta de autorização legislativa da Assembleia da República. Segundo a mesma decisão, o n.º 3 do art. 95.º "não está contemplado" nas alíneas *t)* e *x)* do art. 2.º da Lei n.º 110/99, de 3/8, lei ao abrigo da qual foi editado o diploma onde se insere a norma que é objecto do presente recurso.

Com relevo para a decisão importa transcrever da Lei n.º 110/99 o seguinte:

«Artigo 1.º (*Objecto*)

É concedida ao Governo autorização para legislar em matéria da competência dos órgãos das autarquias locais e dos tribunais, de definição e regime dos bens do domínio público e do regime geral dos actos ilícitos de mera ordenação social no âmbito do regime jurídico das operações de loteamento, das obras de urbanização, das obras particulares e da utilização de edifícios, bem como a estabelecer um adequado regime sancionatório.»

«Artigo 2.º (*Sentido e extensão*)

A legislação a estabelecer pelo Governo nos termos do artigo anterior terá os seguintes sentido e extensão:

(...)

t) Prever, em matéria de garantias dos particulares, a possibilidade de recurso a intimação judicial para a prática de acto legalmente devido;

(...)

x) Cometer competências em razão da matéria e do território aos tribunais judiciais para conhecer das acções, bem como disciplinar a sua tramitação, em que se requeira autorização judicial para a promoção directa da execução das obras de urbanização, nos casos em que as mesmas não sejam realizadas nem pelos loteadores, nem pelas câmaras municipais;

(...).»

A questão de constitucionalidade que importa apreciar e decidir é então a de saber se o Governo, ao editar o n.º 3 do art. 95.º do RJUE, atribuindo ao juiz da comarca competência para conceder mandado para entrada em domicílio de pessoa que não dê o seu consentimento, no qual se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização por parte de funcionários municipais, invadiu a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (art. 165.º, n.º 1, alínea *p)*, da CRP, na numeração vigente à data da emissão do diploma que contém aquele regime).

2. De acordo com o então estabelecido na alínea *p)* do n.º 1 do art. 165.º da CRP, cuja redacção se manteve desde a Lei Constitucional n.º 1/97, de 20/9, era *da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre a competência dos tribunais, salvo autorização ao Governo.* O Tribunal Constitucional tem vindo a entender, de forma reiterada, que esta reserva de competência legislativa da Assembleia da República abrange *toda* a matéria relativa à competência dos tribunais, o que inclui, nomeadamente, a *definição das matérias cujo conhecimento cabe aos tribunais judiciais e a daquelas cujo conhecimento cabe aos tribunais administrativos e fiscais* (cf., entre outros, Acs. n.os 36/87, publicado no *Diário da República*, I Série, de 4 de Março de 1987, 476/98, 211/2007 e 218/2007, disponíveis em *www.tribunalconstitucional.pt*).

Por conseguinte, a norma em apreciação, na medida em que atribui ao juiz da comarca competência para a concessão de mandado para entrada em domicílio onde se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização municipal, só podia constar, em princípio, de lei ou de decreto-lei autorizado.

3. A norma que é objecto do presente recurso insere-se num diploma – o DL n.º 555/99 – editado ao abrigo da Lei n.º 110/99, de 3/8, que *autorizou o Governo a legislar, no âmbito do desenvolvimento da Lei de Bases do Ordenamento do Território e do Urbanismo, em matéria de atribuições das autarquias locais no que respeita ao regime de licenciamento municipal de loteamentos urbanos e obras de urbanização e de obras particulares.*

Foi concedida autorização ao Governo para *legislar em matéria da competência dos tribunais* (art. 1.º). Ponto é que o *sentido* e a *extensão* da autorização (art. 2.º) comportem a norma cuja apreciação foi requerida.

Percorridas as alíneas do art. 2.º da Lei, é de concluir que nenhuma delas constituía credencial parlamentar bastante para o Governo editar norma que atribuísse ao juiz da comarca competência para a concessão de mandado para entrada em domicílio de pessoa que não dê o seu consentimento, no qual se desenvolvam activi-

dades sujeitas a fiscalização por parte de funcionários municipais. Como bem nota o Ministério Público, as únicas normas da Lei n.º 110/99 que se referem à adopção de medidas legislativas em matéria da competência dos tribunais – as mesmas que são destacadas na decisão recorrida – "são absolutamente estranhas à questão dirimida pelo n.º 3 do artigo 95.º do Decreto-Lei n.º 555/99, por se reportarem a *causas perfeitamente distintas* do *procedimento cautelar* a que os autos se referem; assim, a alínea *x)* do n.º 2 reporta-se à acção visando a promoção de obras de urbanização, não devidamente executadas; e a alínea *f)* do mesmo preceito legal refere-se à intimação judicial para a prática de acto legalmente devido, na óptica da efectivação das *garantias dos particulares* no confronto com a Administração, ou seja, em que a Administração figura como requerida pretendendo o particular a prática por esta de acto legalmente devido".

O Governo dispôs, pois, em matéria de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República sem a necessária autorização parlamentar, o que dita, em princípio, um vício de inconstitucionalidade orgânica (art. 165.º, n.º 1, alínea *p)*, da CRP).

4. Em princípio, porque é entendimento reiterado deste Tribunal que "para que se afirme a inconstitucionalidade orgânica não basta que nos deparemos com produção normativa não autorizada do Governo em determinado domínio onde este órgão só poderia intervir com credencial parlamentar bastante. Com efeito, o facto de o Governo aprovar actos normativos respeitantes a matérias inscritas no âmbito da reserva relativa de competência da Assembleia da República não determina, por si só e automaticamente, a invalidação das normas que assim decretem, por vício de inconstitucionalidade orgânica. Desde que se demonstre que tais normas não criaram um ordenamento diverso do então vigente, limitando-se a retomar e a reproduzir substancialmente o que já constava de textos legais anteriores emanados do órgão de soberania competente" [Ac. n.º 211/2007, onde se conclui que a norma em apreciação não era inovadora. No mesmo sentido, cf. Acs. n.ºs 579/95 e 229/2007, disponíveis em *www.tribunalconstitucional.pt*, que concluíram pelo carácter inovador das normas cuja constitucionalidade era questionada, por referência ao "sistema geral de repartição de competências vigente", resultante de normas de direito ordinário – do DL n.º 267/85, de 16/7 –, e do art. 4.º, n.º 1, alínea *a)*, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), respectivamente].

Importa, por isso, averiguar se a norma que é objecto de apreciação *criou* ou não *um ordenamento diverso do então vigente*. Se se trata ou não de norma inovadora em matéria de competência dos tribunais.

5. Anteriormente à entrada em vigor do n.º 3 do art. 95.º do DL n.º 555/99 não havia qualquer preceito de direito ordinário que atribuísse a determinada jurisdição competência para conceder mandado para entrada em domicílio de pessoa que não dê o seu consentimento, no qual se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização por parte de funcionários municipais. Nomeadamente não constava do DL n.º 445/95, de 20/11, revogado por aquele diploma, qualquer norma com este teor.

Estando em causa o exercício de função administrativa integrante do poder das autarquias locais, na ausência de previsão legal expressa e face ao disposto no art. 212.º, n.º 3, da CRP tal competência cabia aos tribunais administrativos (no sentido desta conclusão, VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa (Lições)*, Almedina, 2007, pp. 103 e segs., JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, anotação ao artigo 212.º, ponto IV).

Com relevo para esta conclusão, lê-se no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 218/2007 que:

«(...) a par da possibilidade de o legislador ordinário atribuir pontualmente a tribunais não administrativos o conhecimento de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, desde que tais "desvios" se mostrem pro-

vidos de fundamento material razoável e desde que, pelo seu número ou importância, não esvaziem do seu âmago essencial a competência dos tribunais administrativos [entendimento este que tem sido adoptado pelo Tribunal Constitucional, designadamente nos Acórdãos n.os 746/96, 965/96, 347/97, 253/98 e 458/99], resulta da revisão constitucional de 1989 que *a jurisdição administrativa passou a ser a jurisdição "comum" para o conhecimento de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas*: assim, *enquanto anteriormente, nos casos em que não resultava expressamente da lei qual a jurisdição competente para decidir determinada causa, se entendia que eram competentes os "tribunais judiciais", depois da revisão constitucional de 1989, não existindo norma legal a definir concretamente qual a jurisdição competente, há que indagar qual a natureza da relação jurídica de que emerge o litígio e, se se concluir que possui natureza administrativa, então impõe-se o reconhecimento de que competente é a jurisdição administrativa, como jurisdição "comum" para a apreciação dos litígios emergentes de relações jurídicas administrativas.*

Reiterando a formulação de José Carlos Vieira de Andrade (*A justiça administrativa*, 8.ª ed., Coimbra, 2006, p. 114), o artigo 212.º, n.º 3, da CRP serve ainda para delimitar o sentido da parte final do n.º 1 do artigo 211.º da CRP ("*os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas* não atribuídas a outras ordens judiciais"), continuando no artigo 66.º do Código de Processo Civil ("*São da competência dos tribunais judiciais as causas* que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional"), que atribui aos tribunais judiciais uma competência jurisdicional residual, de modo que uma questão de natureza administrativa passa a pertencer à ordem judicial administrativa quando não esteja expressamente atribuída a nenhuma jurisdição. É esta também a posição de Sérvulo Correia (*Direito do Contencioso Administrativo*, I vol., Lisboa, 2005, p. 586), que (...) sublinha que "*a Constituição atribui ao juiz administrativo o papel de* juiz comum ou ordinário da justiça administrativa, cabendo-lhe, sem necessidade de atribuição específica, *a competência para julgar os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas*".»

Em suma, a Lei Constitucional n.º 1/89, de 8/7, "*constitucionalizou* uma jurisdição administrativa autónoma, tornando os tribunais administrativos e fiscais os tribunais *comuns* para o julgamento de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e fiscais" (Ac. do Tribunal Constitucional n.º 522/2008, disponível em *www.tribunalconstitucional.pt*).

Assim sendo, os tribunais judiciais deixaram de exercer jurisdição em matéria de relações jurídicas administrativas, quando não haja norma que atribua competência a determinada jurisdição. Com efeito, anteriormente à revisão constitucional de 1989, na falta de norma, valia a regra da competência residual dos tribunais judiciais, constante do art. 66.º do CPC e do art. 14.º da Lei n.º 38/87, de 23/12 – Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais –, com a consequência de não ser afinal inovadora norma que atribuísse competência aos tribunais da ordem dos tribunais judiciais (cf. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 90/2004, disponível em *www.tribunalconstitucional.pt*, que não julgou organicamente inconstitucional o art. 18.º, n.º 5, do DL n.º 96/87, de 4/3).

Por outro lado, quando o legislador ordinário "pretenda estabelecer um desvio à ordem constitucional típica, terá de ser obviamente o órgão competente para legislar sobre competência dos tribunais, isto é, em regra, a Assembleia da República, salvo autorização ao Governo – art. 165.º, n.º 1, alínea *p)*, da Constituição", sob pena de inconstitucionalidade orgânica (Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 103, nota 158. No mesmo sentido, também Jorge Miranda/Rui Medeiros, *ob. cit.*, anotação ao artigo 212.º, ponto IV).

6. Face ao exposto, há que concluir que a norma que é objecto do presente recurso é *inovadora*, na medida em que criou um desvio à ordem constitucional de distribuição de competências judiciais. É, por isso, organicamente

inconstitucional, uma vez que o Governo dispôs em matéria de competência dos tribunais sem a necessária autorização parlamentar (art. 165.º, n.º 1, alínea *p)*, da CRP).

7. Esta conclusão em nada é abalada com a publicação de diplomas que, entretanto, alteraram o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação: Lei n.º 13/2000, de 20/7, Lei n.º 30-A/2000, de 20/12, DL n.º 177/2001, de 4/6, Lei n.º 15/2002, de 22/2, Lei n.º 4-A/2003, de 19/2, e Lei n.º 60/2007, de 4/9.

Omissis

Resta, assim, concluir pela inconstitucionalidade orgânica do n.º 3 do art. 95.º do DL n.º 555/99, enquanto atribui competência ao juiz da comarca para conceder mandado para entrada em domicílio de pessoa que não dê o seu consentimento, no qual se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização por parte de funcionários municipais, por violação do disposto na alínea *p)* do n.º 1 do art. 165.º da CRP.

III. Decisão

Em face do exposto, decide-se:

a) Julgar inconstitucional o art. 95.º, n.º 3, do DL n.º 555/99, de 16/12, enquanto atribui competência ao juiz da comarca para conceder mandado para entrada em domicílio de pessoa que não dê o seu consentimento, no qual se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização por parte de funcionários municipais, por violação do disposto na alínea *p)* do n.º 1 do art. 165.º da Constituição da República Portuguesa; e, consequentemente,

b) Negar provimento aos recursos, confirmando a decisão recorrida no que diz respeito ao juízo de inconstitucionalidade.

Lisboa, 24 de Março de 2009

Maria João Antunes (*Relatora*) – Carlos Pamplona de Oliveira – Gil Galvão – José Borges Soeiro – Rui Manuel Moura Ramos

Anotação

I. Situações que convocam a obtenção de mandado

Nos casos em que seja necessário averiguar eventuais situações de ilegalidade ocorridas dentro de domicílio ou levar a cabo a execução de vistorias ou de medidas de tutela da legalidade, sem que se tenha obtido prévio consentimento para entrada naquele, é imperiosa a obtenção de mandado judicial, como resulta do disposto no art. 95.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE) (1).

A exigência de mandado judicial corresponde a uma garantia constitucional feita valer perante intervenções urbanísticas que tenham a potencialidade (lesiva) de expor a intimidade e dimensões de reserva da vida privada e familiar dos titulares ou ocupantes do imóvel. Efectivamente, já nos termos previstos no n.º 2 do art. 34.º da CRP, a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei, o que impõe uma necessária intervenção das autoridades judiciais

(1) *Deve entender-se por domicílio qualquer espaço físico no qual seja levado a cabo, ainda que não necessariamente a título exclusivo ou principal, o uso habitacional. Normalmente estará em causa um edifício ou uma fracção autónoma com autorização de utilização para fins habitacionais, mas poderá tratar-se igualmente de um edifício ou fracção adstrito a outras finalidades ou desprovido de autorização de utilização, podendo, neste caso, a própria construção ser ilegal ou não se encontrar sequer concluída. É igualmente cogitável que o espaço físico correspondente ao domicílio seja um bem móvel, por exemplo uma caravana, ou uma construção precária, como uma barraca.*

A nosso ver, não faz sentido incluir na protecção do domicílio os edifícios ou fracções afectos apenas a actividades económicas, uma vez que o objecto das acções de fiscalização urbanística ou, mesmo, a execução de medidas de tutela da legalidade não implicam a análise ou a averiguação de elementos relacionados com o exercício daquela actividade profissional. No entanto, em virtude da função constitucional desta garantia, tem-se a nossa doutrina pronunciado pela extensão da mesma, "na medida do equiparável", aos locais de trabalho, pelo menos das pessoas singulares. Neste sentido, GOMES CANOTILHO *e* VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, *4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 540.*

(reserva de juiz) para salvaguarda de direitos fundamentais dos cidadãos.

Mas o recurso ao mandado judicial representa uma exigência que acresce a outras que modelaram o acto que previamente determinou a entrada no domicílio. Se tentarmos organizar uma tipologia de intervenções do Município justificativas da entrada dos funcionários municipais no domicílio, o cenário será o seguinte (2)*:*

i. *Acções de fiscalização destinadas a verificar se, no edifício ou fracção autónoma em causa, estão a ser ou foram feitas obras que careciam de controlo municipal ou se essas obras são conformes com as disposições legais e regulamentares aplicáveis (art. 95.° do RJUE).*

É difícil detectar, com precisão, quais as situações em que há obras de alteração no interior dos edifícios, o que normalmente apenas sucede mediante acções não intencionais de fiscalização na área, havendo produção de ruídos ou resíduos em local visível, ou mediante queixa de terceiros, normalmente vizinhos.

Acresce que, na maioria das situações, as obras localizadas no interior dos edifícios não estão sujeitas a controlo prévio – cfr. art. 6.°, n.° 1, alínea b)*, do RJUE –, podendo as queixas de terceiros ter motivações essencialmente de conflitos de vizinhança e não em violação de normas jus-urbanísticas. Assim sendo, é importante afirmar-se, antes da acção de fiscalização, que há indícios suficientemente sérios de realização de obra ilegal, devendo, portanto, a ordem de fiscalização no interior do domicílio ser precedida de um conjunto de averiguações prévias, incluindo nestas, se tal for possível e não fizer perigar o efeito útil da acção de fiscalização, a audição do titular e, se for o caso, do residente no imóvel, desde logo para averiguar se consentem na entrada no seu domicílio* (3)*.*

ii. *Realização de vistoria para emissão de autorização de utilização (art. 65.° do RJUE). Poderia, à primeira vista, parecer espúrio falar-se, neste âmbito, de recurso a um mandado judicial, na medida em que é o titular do imóvel que solicita a emissão da autorização de utilização e, por isso mesmo, teria todo o interesse (ou, pelo menos, teria de suportar) a realização de vistoria. No entanto, pode suceder que a ordem de realização de vistoria seja dada na sequência da detecção de indícios sérios de violação do projecto aquando da realização da obra, e o interessado, por não contar com a realização da mesma, decida não franquear as portas daquele que considera ser já o seu domicílio (por se encontrar a utilizar o edifício, ainda que sem título para o efeito). Neste caso, não pode o proprietário, que impede a realização da vistoria nos prazos previstos no art. 65.°, prevalecer-se do disposto no n.° 6 deste artigo, beneficiando de um deferimento tácito da autorização de utilização. Pelo contrário, para além de dever ser alvo de um procedimento contra-ordenacional – fundado no art. 98.°, n.° 1, alínea* d)*, do RJUE –, deve o procedimento de autorização de utilização ser suspenso, ao abrigo do disposto no art. 11.°, n.° 7, do RJUE, para que seja solicitado mandado judicial e realizada a competente vistoria.*

iii. *Realização de vistoria prévia no âmbito da utilização e conservação do edificado (art. 90.° do RJUE), de modo a aferir a existência de más condições de segurança ou de salubridade e respectivas condições para a sua correcção, ou a existência de uma situação de ruína ou de risco para a saúde e segurança públicas, que possam vir a motivar a própria demolição do imóvel.*

De acordo com aquele art. 90.°, a realização da vistoria depende de cabal fundamentação e notificação ao proprietário do imóvel que nela pode participar e apresentar os seus quesitos. Caso este, porém, se oponha, no dia e hora marcados, à realização da diligência no seu domicílio – e não obstante o silêncio daquele artigo –, deve ser obtido mandado judicial, pelas ra-

---

(2) *Efectivamente, apesar de apenas o art. 95.° do RJUE exigir a obtenção de mandado, o facto de este corresponder a uma garantia constitucional impõe que a ele se recorra sempre que seja necessário entrar no domicílio, independentemente de previsão expressa nesse sentido (cfr., neste sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21 de Outubro de 2009, apelação n.° 641/09.OTBTVR.E1).*

(3) *E isto apesar de o art. 95.°, n.° 1, do RJUE admitir a possibilidade de realização de acções de fiscalização sem serem precedidas, inclusive, de notificação, uma vez que o consentimento prestado, para além de ter de ser livre e pessoal, deve ser tomado "com conhecimento de todas as condições para a bondade da decisão" (cfr.* Gomes Canotilho *e* Vital Moreira*,* ob. cit.*, pp. 541-542).*

zões que estão subjacentes à previsão deste no art. 95.º. Admitimos, porém, como resulta do n.º 7 do art. 90.º, que esta formalidade possa ser preterida sempre que "exista risco iminente de desmoronamento ou grave perigo para a saúde pública, nos termos previstos na lei para o estado de necessidade", precisamente em virtude da imperatividade destes motivos.

iv. *Execução de despejo para realização de obras de conservação ou de demolição previstas nos n.os 2 e 3 do art. 89.º (cfr. art. 92.º do RJUE). Neste caso, a ordem de despejo, que surje na sequência de um procedimento que inclui, em regra, a realização de vistoria e, em qualquer caso, a ordem de realização de obra, que não foi cumprida, visa criar as condições para a execução desta pelo Município.*

Sempre que haja recusa na disponibilização das condições para efectivação do despejo, este terá de ser precedido de mandado judicial, salvo quando houver risco iminente de desmoronamento ou grave perigo para a saúde pública (n.º 4 do art. 92.º).

v. *Efectivação da tomada de posse administrativa do imóvel, de modo permitir a execução coerciva das medidas de tutela da legalidade urbanística já decretadas e não cumpridas voluntariamente (art. 107.º), trate-se de realização de trabalhos de correcção (nos casos limitados do art. 105.º, n.º 3), trate-se de execução de obras de demolição e de reposição do terreno (art. 106.º). Nestas situações, o mandado é precedido de um procedimento administrativo dotado de alguma complexidade – e que culmina na determinação da medida adequada a repor a legalidade urbanística violada –, no âmbito do qual se devem encontrar asseguradas todas as garantias de audiência do interessado. É ainda possível que venha a ser exigido mandado nas hipóteses em que seja ordenada a cessação da utilização do imóvel (art. 109.º, todos do RJUE) e se torne necessário recorrer ao despejo administrativo.*

II. Caracterização do mandado

O mandado cumpre uma função de garantia dos destinatários de uma actuação de fiscalização municipal ou de uma medida de salvaguarda do interesse público urbanístico. Por seu intermédio visa assegurar-se a correcção da execução de uma decisão administrativa já proferida na sequência de um procedimento de fiscalização, de conservação do edificado ou de tutela da legalidade urbanística.

O mandado surge, assim, enquadrado num ambiente jurídico-público, sendo sempre possível detectar um nexo de acessoriedade deste relativamente a actuações administrativas (de tipologia diversa), na medida em que assegura o preenchimento de condições imprescindíveis à execução destas.

Esse controlo de adequação não envolve, porém, um escrutínio de mérito sobre a decisão administrativa tomada – seja de realização de diligências de fiscalização ou instrutórias, seja de execução de actos administrativos de natureza desfavorável para os seus interessados –, não se confundindo com um qualquer mecanismo de impugnação do acerto daquela decisão ou de apreciação da sua validade.

Antes se assemelha este controlo a um sistema de delibação formal – se tivermos por paralelo o reconhecimento de sentenças estrangeiras (4) – ou à aposição de um visto formal a um acto administrativo – se tomarmos por elemento de comparação o visto proferido pelo tribunal de primeira instância no momento em que recebe o acórdão arbitral em matéria de expropriações (art. 51.º, n.º 5, do Código das Expropriações) (5).

Em qualquer uma destas situações, o juiz controla a conformidade da decisão – judicial no caso das

---

(4) *Este sistema encontra a sua sede no nosso Código de Processo Civil (art. 1096.º), no qual as condições de confirmação da sentença estrangeira respeitam apenas à regularidade da decisão e do processo de que esta dependeu e não (salvo em situações limite como a violação de ordem pública internacional) à revisão do mérito da sentença. Cfr.* A. FERRER CORREIA, Lições de Direito Internacional Privado I, *Coimbra, Almedina, 2000, pp. 464 e segs.*

(5) *Este visto, pelo qual apenas se controla a devida instrução do processo e a realização do depósito da indemnização arbitrada, corresponde a um acto integrativo de eficácia da declaração de utilidade pública, permitindo a adjudicação à entidade beneficiária da expropriação, da propriedade (e da posse, se for caso disso) do bem ou do direito expropriados. Cfr., neste sentido, o Parecer da Direcção Geral dos Registos e do Notariado de 29 de Maio de 2003, proferido nos processos n.os C.P. 146/2002 DSJ-CT e 147/2002 DSJ-CT e publicado no* Boletim dos Registos e do Notariado, *n.º 6, 2003, pp. 35-43.*

sentenças estrangeiras, arbitral no caso do processo expropriativo e administrativa no caso do mandado judicial – tendo por base alguns parâmetros jurídicos que permitem afirmar a não violação de prescrições e exigências de ordem pública.

No entanto, estes nunca serão os mesmos parâmetros que estiveram subjacentes à tomada de decisão administrativa, mas apenas aqueles que demonstram que a decisão foi proferida e será executada no respeito dos mais basilares direitos dos destinatários da actuação da Administração.

De entre estes parâmetros, apontamos os seguintes:

i. *a garantia da participação do particular no âmbito dos procedimentos administrativos ou, pelo menos, tratando-se de acções de fiscalização, ao abrigo do art. 95.° do RJUE, a garantia de uma solicitação esclarecedora da necessidade de entrada no domicílio* (6);

ii. *a confirmação da competência para ordenar a realização da diligência* (7);

iii. *a salvaguarda, nos casos previstos no art. 15.° do DL n.° 157/2006, de 8/8 (por remissão do art. 92.°, n.° 5, do RJUE), e no art. 109.°, n.os 3 e 4, do RJUE, que a câmara municipal haja providenciado pelo realojamento da pessoa em questão.*

Deve ainda o requererimento a solicitar o mandado incluir uma descrição dos motivos que levam à necessidade de entrada no domicílio, e dos passos dados para o efeito, uma vez que, no caso de manifesta *ilegalidade da pretensão deduzida, não deve o mandado ser ordenado* (8).

Nunca se poderá concordar, portanto, com a ilação a que chegou o acórdão recorrido segundo o qual "remetendo o n.° 3 do art. 95.° do diploma em apreço para o procedimento cautelar comum, os tribunais judiciais seriam também os competentes para a acção (definitiva), nos termos do art. 383.°, n.° 1, do Código de Processo Civil [CPC], que aqui só poderia ser vista como o recurso contencioso da decisão administrativa final".

E isto porque, por intermédio do mandado, é reconhecido ao juiz um nicho de apreciação próprio (e limitado) que é diferente da apreciação possível do juiz em sede de impugnação do acto administrativo que tenha sido ou venha a ser praticado no procedimento.

Neste sentido, refere o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Dezembro de 2006, proferido no âmbito do processo 9896/2006-7, que a obtenção de mandado se esgota com a respectiva emissão, não se confundindo necessariamente com a acção fiscalizadora em sentido próprio, devendo, aliás, os respectivos termos e consequências, maxime *no que concerne a medidas de tutela de legalidade urbanística, como o embargo, ser apreciados em sede própria.*

III. Da inconstitucionalidade da emissão do mandado pelos tribunais judiciais

Chegados ao objecto do acórdão do Tribunal Constitucional, impõe-se a reflexão sobre os termos em que constitucionalmente se estabelece a linha divisória entre a jurisdição cível e a jurisdição administrativa, quando em causa esteja a apreciação de relações jurídico-administrativas.

Ora, a aferição da admissibilidade constitucional da submissão de litígios jus-administrativos aos tribunais judiciais e respectivos pressupostos, supõe a

(6) *Normalmente, esta solicitação será feita de maneira pessoal e directa. No entanto, pode suceder que não se chegue sequer a conseguir contacto pessoal com o residente no edifício ou fracção. Neste caso, será suficiente, para que o mandado possa ser requerido, a prova de envio de carta registada com aviso de recepção com a indicação da data da realização da diligência para a morada em causa e a constatação da impossibilidade de realização desta.*

(7) *Nem sempre esta competência será indiscutível, como sucede com a possibilidade de delegação da competência para decretar medidas de tutela da legalidade, reconhecida legalmente ao Presidente da Câmara Municipal (art. 102.°, n.° 1, do RJUE). A jurisprudência penal tem, a este propósito, afirmado que se trata de uma competência indelegável (cfr. Ac. da Relação do Porto de 6 de Dezembro de 2006, proferido no processo 0415798, e Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 30 de Junho de 2008, proferido no processo 741/08-1), enquanto que o Supremo Tribunal Administrativo afirmou recentemente a possibilidade da sua delegação (Ac. de 12 de Março de 2009, proferido no processo 1065/08).*

(8) *Um exemplo de manifesta ilegalidade corresponde ao início de um procedimento de fiscalização motivado por uma denúncia anónima (art. 101.°-A, n.° 2, do RJUE).*

afirmação da natureza administrativa da questão em apreciação.

O mandado, apesar de ter um objecto próprio, distinto do acto da Administração que lhe deu motivo, assume relevo enquanto condição para que este produza os efeitos para que tende ou seja objecto de execução coerciva, o que demonstra que o ambiente em que o mandado se move é de direito administrativo. Adicionalmente, a controvérsia intersubjectiva que se pretende ver resolvida pelo mandado não deixa de convocar a aplicação ou controlo da correcta aplicação de normas administrativas, para, em última linha, se aferir se há algum motivo que, legitimamente, possa justificar a recusa de entrada no domicílio e, indirectamente, levar ao não cumprimento ou ao adiamento do cumprimento de especiais deveres urbanísticos.

Como resulta claro da jurisprudência constitucional, a comissão da resolução dos litígios emergentes de relações jurídico-administrativas aos tribunais judiciais não é inviabilizada pela cláusula geral de atribuição de competências aos tribunais administrativos e fiscais, constante do art. 212.º, n.º 3, da CRP.

A vários propósitos – sumariados no Ac. do TC n.º 522/2008, proferido no âmbito do processo n.º 253/08 – teve aquela Alta Instância oportunidade de se pronunciar a favor do entendimento segundo o qual o preceito constitucional em apreço criou um "modelo típico, susceptível de adaptações ou desvios em casos especiais, desde que não fique prejudicado o núcleo caracterizador do modelo"*(9), e não uma reserva absoluta de jurisdição.*

Admite-se, assim, que, em legislação especial, se preveja ou mantenha a previsão da intervenção dos tribunais judiciais em matéria administrativa, desde que tal não descaracterize o núcleo essencial das questões atribuídas a esta jurisdição – constitucionalmente obrigatória e vocacionada para a resolução de "todos" os litígios que despontem de relações jurídico-administrativas – e corresponda a interesses ponderosos no âmbito da tutela contenciosa.

Assim, seja por razões de tradição judiciária e de paralelismo com o tratamento judicial de certas questões não abrangidas tradicionalmente pelo contencioso administrativo – como aconteceu com as questões contra-ordenacionais, intimamente ligadas com problemáticas de ordem penal – e/ou, adicionalmente, por motivos de protecção jurisdicional mais eficaz das posições jurídicas dos particulares – como sucedeu no âmbito da fixação da indemnização por expropriação –, tem vindo a admitir-se que, em casos bem recortados, possam os tribunais judiciais ser chamados a intervir no âmbito de relações jurídico-administrativas (10).

Esta intervenção deve, no entanto, ser acompanhada de particulares cautelas formais, em razão da integração das questões de organização e competência dos tribunais na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (art. 165.º, n.º 1, alínea p), *da CRP). O que significa, como resulta eximiamente do acórdão em anotação, que, sempre que a competência dos tribunais seja regulada de forma inovadora – seja porque a questão a dirimir não tem paralelo legal, seja porque a solução legal apontava para a competência de outra ordem de tribunais –, é necessário que tal regulação conste de Lei da Assembleia da República ou de Decreto-Lei autorizado do Governo, desde que, neste último caso, a lei de autorização legislativa inequivocamente compreenda aquela solução legislativa.*

Não foi o que, no caso, ocorreu, já que ficou de fora do sentido e alcance da Lei de Autorização Legislativa n.º 110/99, de 3/8, a comissão, aos tribunais judiciais, da emissão de mandados para entrada em domicílio – verdadeira relação jurídico-administrativa que, anteriormente, se deveria considerar cometida aos tribunais administrativos, por ausência de uma opção expressa em sentido inverso –, o que ditou um

---

(9) *Nas palavras de* JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, A Justiça Administrativa (Lições), *10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 105.*

(10) *Indicando um conjunto amplo de situações nas quais, em matéria urbanística, é convocada a intervenção do juiz cível e do juiz penal, cfr.* FERNANDO ALVES CORREIA, *"Relatório Português", em* Le Juge et l'Urbanisme dans les Pays de L'Europe de L'Ouest, Les Cahiers du Gridauh, *n.º 14, 2005, pp. 268 a 270.*

vício de inconstitucionalidade orgânica da solução prevista no art. 95.°, n.° 3, do RJUE ([11]).

Acrescente-se que, mesmo que tivesse existido a devida habilitação parlamentar, ainda assim se poderia discutir a razoabilidade da opção político-legislativa, ao cometer a emissão do mandado aos tribunais de comarca.

Apesar de compreendermos a opção do legislador, por questões de maior proximidade dos tribunais judiciais e pela existência de um processo análogo no plano penal – o de busca domiciliária ([12]) *–, ainda assim não há um amplo paralelismo de núcleos problemáticos que suporte, solidamente, esta opção legislativa, uma vez que, mesmo que haja lugar a emissão de mandados nos âmbitos cível e, sobretudo, penal, os mesmos têm, em regra, subjacente outra ordem de finalidades e outro tipo de controlo, que não se assemelham aos exigidos no plano urbanístico.*

Por outro lado, parece não haver razões suficientemente ponderosas de defesa dos particulares que possam fundamentar a comissão destas matérias aos tribunais judiciais, sobretudo num momento em que o princípio da tutela jurisdicional efectiva plasmado nos arts. 20.° e 268.°, n.°4, e segs. da Constituição foi assumido, plenamente, pela nossa legislação processual administrativa.

De facto, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) deram passos decisivos na conversão da matriz do nosso contencioso que, de uma jurisdição limitada, passou a assegurar uma tutela plena das posições jurídicas dos particulares em face da Administração, quer no que se refere às pretensões passíveis de serem deduzidas em juízo, quer no que diz respeito à condução processual das acções, quer no atinente aos poderes de pronúncia do tribunal.

Os efeitos desta mudança legislativa na garantia das posições jurídicas dos administrados, potenciada pela reorganização dos tribunais administrativos e fiscais, leva-nos a concluir que inexistem, hoje em dia, razões suficientemente fortes que possam justificar, no caso da emissão de mandado para entrada em domicílio motivado em razões urbanísticas, um desvio à regra geral da submissão dos litígios jus-administrativos à jurisdição administrativa.

IV. Do enquadramento processual dos mandados

O acórdão do Tribunal Constitucional julgou organicamente inconstitucional o art. 95.°, n.° 3, do RJUE, mas apenas enquanto *este atribui competência ao juiz da comarca para conceder mandado para entrada em domicílio de pessoa que não dê o seu consentimento, no qual se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização por parte de funcionários municipais.*

A cláusula normativa do n.° 3 do art. 95.° não se esgota, porém, na previsão da competência do tribunal da comarca para emissão do mandado, incluindo dois outros segmentos normativos: o primeiro referido à legitimidade processual do Presidente da Câmara e o segundo reportado à via processual a seguir para que o mandado seja emitido, o procedimento cautelar comum.

Assumindo que a primeira daquelas questões não levanta problemas de maior ([13]), *centremo-nos*

([11]) *Efectivamente, esta deslocação de jurisdição consta apenas da alínea* x) *do art. 2.° da Lei n.° 110/99, de 3/8, segundo a qual se autoriza o Governo a "cometer competências em razão da matéria e do território aos tribunais judiciais para conhecer das acções, bem como disciplinar a sua tramitação, em que se requeira autorização judicial para a promoção directa da execução das obras de urbanização, nos casos em que as mesmas não sejam realizadas nem pelos loteadores, nem pelas câmaras municipais". Esta previsão teve a sua concretização legislativa no art. 85.° (cfr., em especial, o n.° 8 deste artigo) do RJUE, e compreende-se, pelo menos à data da aprovação deste diploma, uma vez que está em causa a actuação substitutiva de um particular relativamente a outro, que não cumpriu as obrigações de realização de obras de urbanização que sobre si impendiam.*

([12]) *Cfr.* Maria José Castanheira Neves, Fernanda Paula Oliveira, Dulce Lopes e Fernanda Maçãs, Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado, *Coimbra, Almedina, 2009, p. 534.*

([13]) *Isto ainda que tenhamos de admitir que o mandado seja solicitado por outras entidades, desde que estejam munidas, à semelhança do Município, de poderes de fiscalização ou de decretamento de medidas de tutela da legalidade. É o caso da Co-*

na última, a determinação do modelo processual dos mandados, particularmente em face da indicação dada pelo Tribunal Constitucional de que a sede jurisdicional própria para a emissão de mandados é a administrativa.

A este propósito há que indagar quais as razões que levaram o legislador a remeter para o procedimento cautelar comum, para aferir, depois, se esta remissão para o CPC (arts. 381.º e segs.) continua a fazer sentido quando seja o juiz administrativo a pronunciar-se sobre a emissão do mandado.

A ligação processual entre o mandado e o procedimento cautelar comum não nos permite fazer uma analogia substancial entre aquele e as providências cautelares, pois trata-se de institutos com finalidades distintas: os procedimentos cautelares visam, interregnamente, assegurar a eficácia de uma decisão judicial a proferir, enquanto que o mandado visa assegurar o preenchimento das condições necessárias para a execução de uma decisão administrativa já proferida.

A analogia possível esgota-se no facto de em ambos os casos a decisão judicial solicitada estar ligada a um outro nível de regulamentação, sendo compreendida por referência a ele. No entanto, no caso do mandado esse procedimento é administrativo e não judicial, pelo que, processualmente, estamos perante uma acção principal e não cautelar ([14]).

No entanto, como são as mesmas razões de eficácia e celeridade que estão por detrás do decretamento das providências cautelares as que subjazem à emissão do mandado – com este se visa ultrapassar a recusa do particular em colaborar com a Administração ou em executar actos desta, o que pode fazer perigar o cumprimento de poderes-deveres em matéria urbanística e prejudicar a prossecução do interesse público –, optou o legislador por remeter para a estrutura processual do procedimento cautelar comum, por lhe parecer a mais racional e ajustada aos interesses a regular.

Esta remissão é feita em bloco, o que significa que ao mandado se aplica a estrutura simplificada do procedimento cautelar comum, procedimento urgente que se caracteriza pelo facto de não ocorrerem desperdícios processuais. São manifestações deste carácter célere os prazos mais curtos, a tramitação em férias judiciais, as limitações de prova (por remissão para o regime aplicável aos incidentes processuais) e a possibilidade de diferimento do contraditório (quando este coloque em risco sério o fim ou eficácia do processo principal, no caso, o procedimento administrativo) ([15]). Atendendo, porém, ao facto de não haver uma acção definitiva a que se ligue o mandado, há normas relativas ao procedimento cautelar comum que não se podem logicamente aplicar como as da caducidade da medida decretada (art. 389.º do CPC).

No entanto, a partir do momento em que a jurisdição para emissão de mandados é reconhecida aos tribunais adminstrativos de círculo, cumpre questionar se faz sentido a remissão para a aplicação do regime processual do procedimento cautelar comum. E isto porque, também no âmbito da justiça administrativa se encontram previstas e reguladas providências cautelares que, designadamente, podem consistir na intimação para a adopção ou abstenção de um comportamento por parte da Administração ou de um particular (art. 112.º do CPTA), tendo o legislador

---

missão de Coordenação e Desenvolvimento Regional, nos casos previstos no art. 108.º-A do RJUE, e o da entidade gestora da operação de reabilitação urbana, ao abrigo do art. 44.º do DL n.º 307/2009, de 23/10.

([14]) Efectivamente, o mandado assemelha-se mais a uma intimação do que a uma providência cautelar, uma vez que o seu efeito útil se esgota no cumprimento do mesmo. De acordo com o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Setembro de 2008 (conflito negativo de competência n.º 7/08), a remissão do art. 95.º, n.º 3, do RJUE para o procedimento cautelar comum não equivale a que se considere que em causa está um procedimento cautelar em sentido estrito, mas sim um processo especial ao qual são aplicáveis os termos (processuais) dos procedimentos cautelares comuns. Deste modo, conclui que "ao abrigo do n.º 3 do art. 95.º do DL n.º 555/99, de 16/12, encontra-se tão-só regulada a tramitação (forma) processual através da qual o correspondente pedido (o da concessão de mandado) é formulado em juízo, não se dispondo sobre o direito de obter o mandado que é atribuído ao Presidente da Câmara".

([15]) Cfr., sobre a caracterização dos processos cautelares, LUCINDA D. DIAS DA SILVA, Processo Cautelar Comum – Princípio do Contraditório e Dispensa de Audição Prévia do Requerido, *Coimbra, Coimbra Editora, 2009, em especial pp. 112 e segs.*

estabelecido uma tramitação comum a estas providências (arts. 114.° e segs. do mesmo diploma).

A nosso ver, por razões de lógica e adequação processual, pensamos que deve a remissão feita no art. 95.°, n.° 3, do RJUE para o procedimento cautelar comum ser entendida como se o fosse para as providências cautelares reguladas no CPTA ([16]). Como, aliás, nos parece ser confirmado pelo facto de se entender que a referência, no art. 112.°, n.° 2, deste Código, às providências especificadas no CPC, não implica a importação da estrutura adjectiva das mesmas previstas neste último, mas tão-só o recurso às disposições que complementem ou especifiquem o processo previsto no CPTA ([17]).

Com esta solução não se perde em celeridade e eficácia, já que também as providências cautelares são processos urgentes ao abrigo do art. 36.° do CPTA, correndo em férias judiciais e dispensando vistos prévios, beneficiando, ainda, de um regime de urgência ao nível de recurso (art. 147.°). Ademais, estabelece-se um regime particular de produção de prova (art. 118.°, n.° 1), prazos curtos de decisão (art. 119.°, todos do CPTA), e mecanismos especiais ao nível do contraditório que, de acordo com a doutrina, pode não chegar a ser garantido, por aplicação supletiva do disposto no art. 385.°, n.° 1, do CPC, caso se considere que a audiência põe em risco sério o fim ou a eficácia da providência ([18]).

A especificidade do mandado relativamente às providências cautelares – designadamente por se tratar de uma pretensão que não comunga das características da provisoriedade e acessoriedade relativamente a um processo judicial principal – impõe, porém, que se proceda ao ajustamento de algumas das características que a estas providências são processualmente reconhecidas.

Assim, no que se refere à determinação do tribunal territorialmente competente, não se aplicará a regra das providências cautelares – de submissão ao tribunal competente para decidir a causa principal –, mas a aplicável às intimações – de submissão ao tribunal da área onde deva ter lugar o comportamento ou a omissão pretendidos que, afinal, corresponde ao tribunal da área da entidade administrativa que solicita a providência (art. 20.°, n.° 5, do CPTA). Também as disposições sobre momento e forma do pedido (art. 114.°), bem como as que regem a relação com a causa principal (art. 113.°) e a caducidade da providência (art. 123.°, todos do CPTA), devem ser ajustadas ou não aplicadas ao mandado.

Pensamos, igualmente, que estas providências devem ser consideradas como referentes a bens imateriais, nos termos dispostos no art. 34.°, n.° 1, do CPTA. Particularmente relevante, porém, é a consideração de que as condições de que depende a emissão do mandado não são equivalentes aos pressupostos de que depende a concessão de providências cautelares, previstos no art. 120.° do CPTA. Como a teleologia das medidas é distinta, o âmbito de apreciação do juiz também é diferenciado, sendo suficiente aferir-se a ilegalidade da pretensão formulada, nos termos analisados no ponto II da presente anotação.

DULCE LOPES

([16]) *Uma outra solução cogitável poderia passar pela integração, substancialmente mais adequada, do mandado no âmbito das intimações, processos urgentes de condenação. No entanto, nenhuma das intimações previstas na legislação processual abarca a situação em análise, posto que a intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias (arts. 109.° e segs. do CPTA), ainda que possa ser dirigida contra particulares, tem como pressuposto a defesa contra actuações potencialmente lesivas de direito administrativo. Ora, no caso do mandado, a legitimidade para a intimação não pertence aos titulares de direitos, liberdades e garantias, mas à Administração, que visa, precisamente, ultrapassar a recusa injustificada de acesso ao domicílio, fundada na invocação de direitos, liberdades e garantias.*

([17]) *Cfr., neste sentido,* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA *e* CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, *2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 653 e segs.*

([18]) JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., *pp. 364-365.*