



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Gabriel Mattos da Silva

UM MANDADO DE SEGURANÇA PORTUGUÊS?
UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL
SOBRE O DIREITO AUTÓNOMO DE AÇÃO NA TUTELA
JUDICIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito – Mestrado em
Ciências Jurídico-Forenses orientada pelo Professor Doutor Jorge Alves
Correia e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Janeiro de 2023



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Gabriel Mattos da Silva

UM MANDADO DE SEGURANÇA PORTUGUÊS?

UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL SOBRE O DIREITO

AUTÓNOMO DE AÇÃO NA TUTELA JUDICIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

**A PORTUGUESE INJUNCTION? A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND
PORTUGAL ON THE AUTONOMOUS RIGHT OF ACTION IN THE JUDICIAL PROTECTION
OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

*Dissertação apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito
do 2º Ciclo de Estudos em Ciências
Jurídico - Forenses (conducente ao
grau de Mestre), sob orientação do
Excelentíssimo Senhor Doutor Jorge
Alves Correia.*

Coimbra, 2023

Aos meus pais, Leticia e Domingos,
A eles devo quem sou e quem quero ser.
À Maria Odete, minha tia,
Sem ela, essa dissertação não seria escrita.

*O que é que eu posso fazer
Com a minha juventude
Quando a máxima saúde hoje
É pretender usar a voz?*

Conheço o Meu Lugar
Belchior (1978)

Agradecimentos

Dedico esta dissertação aos meus pais, Leticia e Domingos, que se fizeram presentes todos os dias desde que cheguei em Portugal, mesmo a oito mil km de distância. A eles devo quem sou e quem quero ser. Além deles, agradeço também meu irmão e amor maior da minha vida, Guilherme Manoel, por sempre acreditar em mim mais do que eu mesmo acredito.

Agradeço em especial minha Tia Maria Odete, por me receber como um filho desde que aterrei em terras lusitanas, sempre preocupada com meu bem estar e a fazer com que eu me adaptasse o mais rápido possível – sem ela, nem uma palavra dessa dissertação poderia ter sido escrita. Agradecimento esse que se estende ao Tio Adolfo, pelas conversas, ensinamentos sobre pesca e os campeonatos de *snooker* que assistimos juntos.

Em Coimbra, pude construir amizades que levarei comigo para a vida. Aqui construí uma família, constituída por pessoas que amo e admiro, que faço questão de agradecer nominalmente.

Lembro ainda do dia que conheci o Pedro Abreu, num jantar de recepção de mestrandos brasileiros: carioca como eu, da zona norte como eu, vascaíno como eu. Ao Pedro, sou grato por ser o irmão mais velho que eu não tive e pelas conversas infindas sobre a vida. O Bernardo Marques é uma grande inspiração pra mim pela liberdade que personifica e por sempre se manter um menino sonhador, sem deixar a realidade de lado. Se Ícaro não fosse tanto ao Sol, ele seria o Bernardo; a ele agradeço por sempre estar por perto quando precisei. Com o Francisco Santos, dividi minhas angústias pessoais, questões acadêmicas e culturais nos 10 meses que morei na cidade dos doutores e levo-o no coração com muito carinho. Agradeço muito à Beatriz Morais Rebelo, minha fiel escudeira e grande amiga, por todos os momentos que dividimos juntos no mestrado e por sempre acreditar em mim e me motivar.

Agradeço também à Beatriz Palma, por ser minha alegria nos meus dias mais nebulosos; à Vitória Galli, por me mostrar a vida que vale ser vivida; ao Philipp Reule, por ser o melhor amigo de sempre; à Natasha Goudard, por sempre ser minha segunda mãe e cuidar de mim; ao Marcelo Arruda, pela nossa amizade que se perdura há 14 anos e pelos almoços quando ia ao Porto; à Matilde Fachada, pessoa mais talentosa que já

conheci, por mostrar que “a vida imita a arte muito mais do que a arte imita a vida”.

Aos professores da Universidade de Coimbra, agradeço àqueles que puderam fazer da minha experiência no Mestrado ser mais leve, como o Prof. Dr. João Pedro Rodrigues com suas aulas descontraídas de sexta-feira à tarde, a Prof. Dra. Matilde Lavouras que sempre se mantinha alegre nas quartas-feiras frias do Colégio de Jesus às 09h00, o Prof. Dr. Licínio Martins, um dos professores mais humildes, queridos e solícitos que já conheci, a Prof. Dra. Sandra Rebanda, que sempre fomentou intervenções em suas excelentes aulas, e, em especial, o Prof. Dr. Jorge Alves Correia, que se disponibilizou para ser meu orientador desde que o procurei assim que cheguei na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, expondo minhas ideias para a dissertação.

Por último e não menos importante, faço um agradecimento também especial ao meu querido amigo e Ilustre Colega Dr. Marco Costa, por compartilhar comigo os desafios dessa linda e necessária profissão que escolhi seguir que é a advocacia. Sobral Pinto disse certa vez que “A advocacia não é profissão de covardes”, o Dr. Marco é a materialização dessa frase. Seus ensinamentos sobre a profissão e sobre a vida são de grande valia para eu me realizar em minha carreira, e por isso sou muito grato.

Disclaimer: A presente dissertação foi redigida de acordo com o as normas dispostas no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990¹. Contudo, adverte-se aos leitores para o facto de que grande parte das expressões idiomáticas e estruturas gramaticais empregadas ao longo da dissertação possuem forte conexão com o linguajar do Português do Brasil, sobretudo no que se refere ao vocabulário jurídico e sua sistematização textual.

¹ **Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990.** Normas disponíveis no sítio da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. <https://www.cplp.org/id-3872.aspx>.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem como objetivo fazer uma análise comparativa entre Brasil e Portugal sobre o direito autónomo de ação, tendo como foco o mandado de segurança como referência. Para isso, foi exposto quais são e o funcionamento dos *remédios constitucionais* na ordem jurídica brasileira para, posteriormente, ser feita uma análise dos mecanismos disponíveis para proteção de direitos fundamentais na ordem jurídica portuguesa, com destaque aos presentes no Código de Processo dos Tribunais Administrativos. A problemática do trabalho está vinculada à necessidade ou não de Portugal dispor de um direito autónomo de ação para tutela judicial de direitos fundamentais, bem como se os meios processuais existentes são suficientes para essa tutela, ainda que não sejam específicos para tal. A metodologia empregada no presente trabalho de conclusão de curso é de uma pesquisa qualitativa quanto à abordagem e aplicada quanto à natureza, vez que busca o levantamento de dados qualitativos para a solucionar problemas específicos nas áreas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Comparado. No mesmo sentido, é uma pesquisa explicativa quanto aos objetivos, posto que tem como intuito a compreensão, a conceituação e a análise crítica acerca do direito autónomo de ação na tutela judicial de direitos fundamentais em Portugal e a viabilidade da transposição do mandado de segurança ao ordenamento jurídico português. Paralelamente, quanto aos procedimentos, pode-se dizer que é uma pesquisa bibliográfica, visto que se utiliza de material já publicado, como livros, artigos científicos, legislação, etc., mas também é uma pesquisa de estudo de caso, pois analisa de forma profunda e detalhada um instrumento processual específico para a tutela judicial de direitos fundamentais. A hipótese é de que o mandado de segurança pode vir a ser utilizado ao menos como elemento de estudo comparativo para que o sistema de proteção português seja aperfeiçoado ou, ainda, que o remédio constitucional seja mais uma alternativa processual a ser garantida pela legislação portuguesa.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Remédios Constitucionais; Direitos Fundamentais; Justiça Administrativa; Direito Comparado.

ABSTRACT

This master's thesis aims to make a comparative analysis between Brazil and Portugal about the autonomous right of action, focusing on the injunction as a reference. For this, it was exposed which are the constitutional remedies and how they work in the Brazilian legal system for, later, an analysis of the available mechanisms for protection of fundamental rights in the Portuguese legal system will be made, with emphasis on the ones present in the Procedural Code of the Administrative Courts. The problem of the work is linked to the necessity or not of Portugal having an autonomous right of action for judicial protection of fundamental rights, as well as if the existing procedural means are sufficient for such protection, even if they are not specific for such. The methodology used in this end-of-course work is qualitative as to its approach and applied as to its nature, since it seeks to gather qualitative data to solve specific problems in the areas of Constitutional Law, Administrative Law and Comparative Law. In the same way, it is an explanatory research as to the objectives, since it aims the understanding, the conceptualization, and the critical analysis of the autonomous right of action in the judicial protection of fundamental rights in Portugal and the viability of the transposition of the injunction to the Portuguese legal system. In parallel, as to the procedures, it can be said that it is a bibliographical research, since it uses already published material, such as books, scientific articles, legislation, etc., but it is also a case study research, since it analyzes in a deep and detailed way a specific procedural instrument for the judicial protection of fundamental rights. The hypothesis is that the injunction can be used at least as an element of comparative study for the Portuguese protection system to be improved or, still, that the constitutional remedy is one more procedural alternative to be guaranteed by the Portuguese legislation.

Keywords: Constitutional Law; Constitutional Remedies; Fundamental Rights; Administrative Justice; Comparative Law.

Lista de Siglas e Abreviaturas

ACP – Ação Civil Pública

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CPC - Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

ÍNDICE

Introdução	12
Capítulo 1 – A tutela judicial dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro	16
1.1. Os <i>remédios constitucionais</i> no histórico constitucional brasileiro.....	16
1.2. A Ação Civil Pública	19
1.3. A Ação Popular.....	19
1.4. O Mandado de Injunção.....	20
1.5. O <i>Habeas Data</i>	21
1.6. O Mandado de Segurança	22
1.6.1. Os quatro elementos caracterizadores do Mandado de Segurança.....	22
1.6.2. A marcha processual do Mandado de Segurança	26
1.6.3. Síntese.....	28
Capítulo 2 – A tutela judicial dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico português	30
2.1. Os três meios de tutela dos direitos fundamentais	31
2.2. A pluralidade de jurisdição e o ordenamento jurídico português	35
2.3. Os meios de tutela judicial no Código de Processo dos Tribunais Administrativos	36
2.3.1. As ações administrativas não-urgentes	38
2.3.2. As ações administrativas urgentes.....	44
2.3.3. As intimações	48
2.4. Síntese.....	51
Conclusões	52
Legislação	56
Jurisprudência	57
Referências Bibliográficas	58

Introdução

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, houve uma grande preocupação em dispor aos cidadãos meios judiciais específicos de proteção de direitos fundamentais. Essa preocupação esteve atrelada, sobretudo, à vinculação de um sistema jurídico que limitasse o poder das autoridades públicas em benefício das garantias e direitos fundamentais dos cidadãos. O ordenamento jurídico passou a prever, então, *remédios constitucionais* que materializam essa proteção pela via judicial.

Como se verifica na legislação portuguesa, por outro lado, não há no país um direito autónomo de ação na jurisdição ordinária e na jurisdição constitucional para buscar a tutela judicial de direitos fundamentais potencialmente violados por atos administrativos ou outros atos emanados por autoridades públicas. Com isso, torna-se necessário que seja feita a análise dos mecanismos processuais disponíveis para a proteção de direitos fundamentais e sua tutela judicial em Portugal, sobretudo no que concerne a jurisdição autónoma administrativa, tal como se os mesmos se demonstram suficientes para assegurar essa mesma proteção e tutela judicial em caso de violação.

A análise a ser feita, portanto, será em sede de direito comparado entre Brasil e Portugal, com intuito de verificar se a ausência desses meios processuais específicos para tutela judicial de direitos fundamentais em Portugal impacta negativamente em sua proteção. A escolha por essa análise comparativa se deu sobretudo por essa ausência de um direito autónomo de ação nesse tipo de tutela judicial em Portugal, bem como pela ligação entre os países, que se fez por laços históricos, culturais e sociais desde o reconhecimento do território brasileiro por Portugal em 1500, mas não só a isso se limita. Para muito além desses laços, a trajetória política e jurídica hodierna de ambos os países se assemelham, apesar de suas diferenças sociais, com longos períodos ditatoriais e a opressão de direitos, liberdades e garantias fundamentais. Como forma de superar esses períodos ditatoriais já não tão recentes assim, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e a Constituição da República Portuguesa (1976), apesar de os fatores substanciais que as diferenciam,

são cartas políticas que traduzem essas semelhanças, essencialmente quanto ao rol de direitos fundamentais protegidos que dispõem em seus respectivos textos.

Com isso, a CRFB, com seu caráter mais analítico, vem dispor em seu texto *remédios constitucionais* a serem utilizados como meios processuais adequados e específicos disponíveis ao indivíduo para a proteção de seus direitos pela via judicial em *ultima ratio*. Entre eles, apesar de muito criticada a forma de sua utilização que restou banalizada nas últimas décadas, o *Mandado de Segurança* (art. 5, inciso LXIX, CRFB/1988) se destaca. O caráter subsidiário de seu cabimento, bem como a celeridade processual e a peculiaridade de sua produção probatória são elementos que o caracterizam como um meio processual singular na proteção de direitos fundamentais perante atos administrativos ilegais ou com abuso de poder. Em Portugal, por sua vez, não há meios processuais semelhantes ao mandado de segurança. O trabalho, portanto, perpassa o enquadramento de quais são os meios processuais disponíveis em Portugal para proteção de direitos fundamentais violados que, no Brasil, seriam passíveis de proteção pelo mandado de segurança.

Nesse sentido, os problemas da investigação lidam com foco em dois pontos: (i) os instrumentos processuais disponíveis e inespecíficos na jurisdição portuguesa para a tutela judicial de direitos fundamentais e sua efetividade; e, (ii) em um estudo comparado, a viabilidade de transplante jurídico do mandado de segurança para a ordem jurídica portuguesa enquanto um instrumento processual específico para a tutela judicial desses mesmos direitos.

Caso os instrumentos processuais disponíveis e inespecíficos presentes na jurisdição portuguesa se demonstrem suficientes para assegurar a tutela judicial de direitos fundamentais durante a pesquisa, a investigação prosseguirá com a análise de haver ou não a viabilidade na transposição do remédio constitucional para a realidade portuguesa. Essa viabilidade terá como substrato a possibilidade de fornecer um meio processual com maior relevância e especificidade para assegurar a tutela judicial de direitos que possuem uma força jurídica própria, ou seja, com aplicabilidade direta (art. 18, nº. 1, CRP).

Quanto às razões práticas, nota-se que o mandado de segurança é um remédio constitucional muito utilizado no Brasil para assegurar direitos fundamentais que são violados por atos ilegais ou com abuso de poder cometidos por autoridades no

exercício de atribuições do poder público – ainda que sua utilização seja passível de crítica. Mesmo que em Portugal, quando em comparação ao Brasil, esses atos ilegais e/ou com abuso de poder não sejam proferidos com tanta frequência, *a priori* é salutar que exista um meio processual adequado para proteger direitos fundamentais que possam ser objeto do arbítrio do Estado na pessoa de seus agentes públicos ou privados investidos de função pública, seja na jurisdição ordinária ou na jurisdição administrativa

Pelas razões teóricas, a existência de um constitucionalismo luso-brasileiro² deve ser fortalecida por meio de um caráter dialógico entre os ordenamentos jurídicos e meios processuais que cada país dispõe. Apesar de a comunidade jurídica brasileira, seja na figura da advocacia privada, da advocacia pública ou do próprio Poder Judiciário como um todo, terem banalizado o uso do mandado de segurança, o instrumento possui grande relevância prática. Tal remédio previsto na Constituição e na lei ordinária possui um papel fundamental na proteção de direitos que são objeto de arbítrios perpetrados pelo Estado brasileiro, sejam eles na esfera federal, estadual ou municipal. A transposição desse remédio para o ordenamento jurídico português pode, caso se demonstre necessário, com as devidas adaptações e processos de filtragem constitucional, proporcionar um meio mais adequado e típico de proteção de direitos fundamentais.

A metodologia empregada no presente trabalho de conclusão de curso é de uma pesquisa qualitativa quanto à abordagem e aplicada quanto à natureza, vez que busca o levantamento de dados qualitativos para a solucionar problemas específicos nas áreas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Comparado.

No mesmo sentido, é uma pesquisa explicativa quanto aos objetivos, posto que tem como intuito a compreensão, a conceituação e a análise crítica acerca do direito autónomo de ação na tutela judicial de direitos fundamentais em Portugal e a viabilidade da transposição do mandado de segurança ao ordenamento jurídico português. Paralelamente, quanto aos procedimentos, pode-se dizer que é uma pesquisa bibliográfica, visto que se utiliza de material já publicado, como livros, artigos científicos, legislação, etc., mas também é uma pesquisa de estudo de caso,

² ainda que não em um sentido técnico, como fundamenta o Dr. Alves Correia.

pois analisa de forma profunda e detalhada um instrumento processual específico para a tutela judicial de direitos fundamentais.

A dissertação estrutura-se em introdução, capítulo 1, capítulo 2 e conclusões. No capítulo 1 será abordada a maneira que é exercida a tutela judicial dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse capítulo, será feita uma explanação do que consiste os remédios constitucionais e sua trajetória no histórico constitucional brasileiro. Posteriormente, será analisado cada remédio constitucional disponível, com destaque ao mandado de segurança, objeto central da dissertação.

No capítulo 2, será analisado, paralelamente, a tutela judicial dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico português. Nesse capítulo, por sua vez, será elucidado quais os três meios de tutela dos direitos fundamentais, com uma introdução ao sistema de pluralidade de jurisdição do ordenamento jurídico português, e, por fim, serão destacados os meios de tutela judicial presentes na jurisdição autónoma administrativa e suas classificações.

Por fim, na parte conclusiva, será elaborada a crítica sobre o estudo abordado, assim como a verificação da necessidade e viabilidade do transplante jurídico do mandado de segurança ao ordenamento jurídico português quando em comparação à suficiência ou insuficiência dos meios processuais disponíveis no sistema português para a proteção de direitos fundamentais.

Capítulo 1 – A tutela judicial dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro possui instrumentos processuais específicos para que os direitos fundamentais sejam garantidos por meio de uma tutela judicial efetiva em *ultima ratio*. A esses instrumentos, a doutrina conferiu o nome de *remédios constitucionais*. Desde a primeira constituição brasileira, em 1824, mecanismos de proteção de direitos fundamentais por meio desses *remédios constitucionais* são debatidos e positivados no ordenamento de maneira a garantir meios de tutela jurisdicional específicos.

Necessário frisar que o histórico constitucional brasileiro possui uma trajetória errática desde a independência do país em 7 de setembro de 1822. De maneira a manter a organização administrativa do Brasil colônia, a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824 (a única do Império), foi a única das constituições brasileiras que impôs ao país uma forma de Estado unitário, sendo esta constituição a mais longeva da história brasileira.

Somente foi sucedida em 1891, quando foi promulgada a primeira constituição republicana do país, dois anos após a Proclamação da República que destituiu a Monarquia por meio de um golpe de Estado. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, inspirada no modelo norte-americano, modificou a forma de Estado do Brasil, instituindo a forma federativa que permanece até hoje, sendo firmada posteriormente como cláusula pétrea da Constituição de 1988, em seu artigo 60º, § 4º, inciso I.

1.1. Os *remédios constitucionais* no histórico constitucional brasileiro

Entretanto, até o início da República (com exceção do *habeas corpus*³), não havia qualquer previsão legal de instrumentos processuais específicos e próprios que possibilitassem a defesa e proteção de sujeitos ativos de direitos contra atos emanados por autoridades que extrapolassem o poder que a elas era incumbido.

O primeiro jurista a abordar a necessidade de institucionalização desses

³ A primeira vez que o *habeas corpus* foi previsto constitucionalmente foi na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, em seu artigo 72º, § 22.

instrumentos, em específico o mandado de segurança, foi o Ilustre Rui Barbosa. Como afirma Humberto Theodoro Junior,

Coube a RUI BARBOSA defender o cabimento dos interditos possessórios, pelo caráter expedito de seu procedimento, para propiciar o enfrentamento dos males advindos da ilegalidade cometida pela Administração, em prejuízo dos cidadãos. Recorria o grande jurista à tese da existência de posse não só sobre coisas corpóreas, mas também sobre direitos pessoais.⁴

Ou seja, para que o Poder Judiciário viesse garantir os direitos *pessoais* não abrangidos pelo *habeas corpus*, na ausência de outro instrumento, este passou a ser utilizado de maneira rudimentar, havendo um alargamento do seu âmbito de aplicação. De maneira a suprir essa lacuna jurídica, a Lei nº. 221/1894 e a Lei nº. 1.939/1908 buscaram a positivação de um instrumento mais específico para o controle judicial dos atos administrativos. Esse instrumento inominado sob a forma processual sumária, entretanto, se demonstrou ineficiente, tendo em vista que a tramitação subsequente da apreciação liminar pelo juiz era muito lenta e, portanto, contrariava o propósito em si do processo sumário em questão, que era a celeridade.

Somente em 1926 que o Deputado Gudesteu de Sá Pires submeteu um projeto de lei na Câmara dos Deputados visando a promulgação do mandado de segurança enquanto um instrumento específico para reagir judicialmente a qualquer ato administrativo que fosse eivado de abuso de poder e/ou ilegalidade

Muito crítico à alteração feita pela Lei nº. 221/1894, o então deputado ressaltou que

a ação sumária especial, criada pela Lei n. 221, de 1894, foi um ensaio no sentido de alargar a defesa dos direitos individuais; no entanto, a natureza desse processo e especialmente a fórmula de seus recursos deram lugar a que a chicana abusasse dos prazos, transformando-lhe o rito sumário em interminável sucessão de defesa e deploráveis delongas.⁵

Apesar de não vir a ser promulgado o projeto de lei do Deputado Gudesteu, o mandado de segurança passou a ser previsto constitucionalmente oito anos depois,

⁴ Theodoro Júnior, HUMBERTO. Lei do Mandado de Segurança comentada: artigo por artigo / Humberto Theodoro Júnior. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 21

⁵ PIRES, Gudesteu. Avulso da Câmara dos Deputados, n. 148, p. 43, apud CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do Mandado de Segurança. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p.73; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Mandado de Segurança. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 19.

na Constituição de 1934. A Constituição de 1934 constitui um marco importante não só para o histórico constitucional, mas para a história do Brasil como um todo. Apesar de ter uma curta vigência (até o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937), a Constituição de 1934 tem um forte simbolismo de matriz liberal e de sinalização de rutura, em consonância ao que foi proposto pela Revolução de 1930. O Brasil estava imerso em uma República que servia às oligarquias rurais durante cerca de quarenta anos, tendo esse ciclo sido fechado com essa revolução dos tenentistas em 1930.

A Constituição de 1934 tem essa identidade liberal porque, a confirmar as demandas dos revolucionários de 1930, conferiu mais direitos civis à população, como a institucionalização do voto secreto, o direito ao voto das mulheres, uma legislação mais protetiva ao trabalhador, a criação da Justiça Eleitoral, e, por fim, a previsão do mandado de segurança enquanto um instrumento processual específico para “*a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade*”⁶, em seu artigo 113º, § 33º.

O mandado de segurança, assim como os demais remédios constitucionais, foi suprimido na Constituição de 1937. Essa supressão ocorreu pelo caráter autoritário do Estado Novo instituído pela *Constituição de 10 de Novembro*⁷. Apesar dessa supressão, o mandado de segurança voltou a ser previsto nas constituições brasileiras promulgadas posteriormente (1946, 1967⁸ e 1988).

A passar por uma breve análise histórica dos demais *remédios constitucionais*, o atual ordenamento jurídico brasileiro dispõe de seis desses instrumentos processuais. São eles: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública.

⁶ BRASIL. Constituição (1934) *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm

⁷ Para melhor estudo sobre a Constituição de 1937 e sua construção doutrinária, cfr. SILVA, Gabriel Mattos da. *Francisco Campos e o Estado Democritário: uma análise sobre a construção doutrinária do Estado Novo*. 2021. 103 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

⁸ A Constituição de 1967 possui uma vigência muito curta e contestada, sobretudo por ser promulgada em meio a um Estado de exceção, bem como a limitação de sua eficácia enquanto norma jurídica pelos atos institucionais sucessivos que cassaram direitos civis e políticos durante a ditadura civil-militar (1964 – 1985).

1.2. A Ação Civil Pública

A Ação Civil Pública (ACP) foi prevista constitucionalmente pela primeira vez na Constituição de 1988. Segundo o Prof. Hely Lopes Meirelles, a ACP é

O instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu.⁹

Antes da promulgação da lei que disciplina a ACP (Lei n.º 7.347/1985), esse instrumento processual foi previsto legalmente na Lei Complementar n.º 40/1981, que estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. A Ação Civil Pública é um remédio constitucional que se demonstrou relevante desde a promulgação da Lei n.º 7.347/1985, tendo em vista que conferiu aos seus legitimados ativos¹⁰ o direito de tutelarem judicialmente interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

1.3. A Ação Popular

A Ação Popular, por sua vez, para além de um remédio constitucional, é um instrumento processual que possibilita a qualquer cidadão buscar a via judicial para a proteção de um direito que é de toda a coletividade, exercendo sua cidadania. Nos ensinamentos de José Afonso da Silva, a ação popular é

um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no Art. 1º, parágrafo único, da Constituição: todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente. Sob esse aspecto é uma garantia constitucional política. Revela-se como uma forma de participação do cidadão na vida pública, no exercício de uma função que lhe pertence primariamente. Ela dá a

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo, Editora Malheiros, pág.152.

¹⁰ Possuem legitimidade ativa para propor a Ação Civil Pública: o Ministério Público, a Defensoria Pública, os Entes Federativos, e as Associações que cumpram os requisitos legais do artigo 5º, inciso V, da Lei n.º 7.347/1985

oportunidade de o cidadão exercer diretamente a função fiscalizadora, que, por regra, é feita por meio de seus representantes nas Casas Legislativas. Mas ela é também uma ação judicial porquanto consiste num meio de invocar a atividade jurisdicional visando a correção de nulidade de ato lesivo; (a) ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; (b) à moralidade administrativa; (c) ao meio ambiente; e (d) ao patrimônio histórico e cultural. Sua finalidade é, pois, corretiva, não propriamente preventiva, mas a lei pode dar, como deu, a possibilidade de suspensão liminar do ato impugnado para prevenir lesão.¹¹

Com exceção da Constituição de 1937, esse instrumento sempre esteve previsto constitucionalmente. Entretanto, durante um período considerável da história constitucional brasileira, a ação popular não pôde ser utilizada por falta de regulamentação. Nesse sentido, a Lei nº. 4.717/1965 veio regulamentar a ação popular e sua tramitação. Ainda que seja um diploma legal que tenha sido promulgado antes da Constituição de 1988, a Lei da Ação Popular foi recepcionada pela nova ordem constitucional, razão pela qual possui validade e eficácia no ordenamento jurídico brasileiro.

1.4. O Mandado de Injunção

O mandado de injunção, ao contrário dos instrumentos até aqui mencionados, é um remédio constitucional que foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pela nova ordem constitucional preconizada pela Constituição de 1988. Anteriormente, não havia qualquer remissão ou previsão legal do mandado de injunção.

Pode-se dizer que o mandado de injunção é um remédio constitucional endêmico, só existindo no Brasil¹². Ele possibilita que seja feito o controle de omissões legislativas, fazendo com que direitos e garantias constitucionais sejam viabilizados. Assim, o Poder Judiciário, quando provocado e com competência para tal, pode buscar a aplicação de uma outra lei para o caso concreto que possui o direito, ora pleiteado, violado por falta de regulamentação. Assim aduz o Professor

¹¹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.

¹² O mandado de injunção tomou destaque nos últimos anos por dois motivos: primeiro, pela promulgação da Lei nº. 13.300/2016, há seis anos, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo; segundo, pela crise institucional e pelo crescente *ativismo judicial* que ocorre no Brasil, o que aumenta a crítica a uma intervenção menos judicial e mais política dos juízes pelo seu contramajoritarismo.

Luiz Felipe da Mata Machado Silva:

Ao mandado de injunção, portanto, estava imputada a difícil tarefa de ser um dos instrumentos processuais, provavelmente o mais importante deles, de viabilizar o exercício da extensa pauta de direitos estabelecidos pela Carta de 1988. Ou, ao contrário, como sugeriram diversos autores e juristas da época, ser a representação de mais um capítulo de promessas não cumpridas do constitucionalismo brasileiro¹³

O instrumento processual foi incluído no rol de direitos fundamentais da Constituição como forma de fornecer uma resposta ao descrédito da população pela resistência do legislador na regulamentação de muitas normas constitucionais de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata¹⁴.

1.5. O *Habeas Data*

Assim como o mandado de injunção, outro remédio constitucional inaugurado pela Constituição de 1988 foi o *habeas data*. Esse instrumento é o menos estudado pela doutrina, até mesmo antes da Constituição de 1988. Como brilhantemente sustentado pelo saudoso Professor Dalmo de Abreu Dallari,

O *habeas data*, na concepção brasileira, é garantia constitucional destinada a assegurar a uma pessoa o acesso aos dados que sobre ela constem nos registros públicos ou de natureza pública.
(...) No caso do Brasil, a finalidade específica do *habeas data* é garantir que uma pessoa tenha acesso aos dados que, a seu respeito, constem de bancos de dados que sejam públicos ou de natureza pública. Esses dados não podem ser negados ao interessado, sob alegação da conveniência de manter sigilo (...).¹⁵

A sua inclusão no texto final formulado pela Assembleia Nacional Constituinte causou certo espanto aos constitucionalistas pelo precário estudo sobre o tema nos anos que antecederam a promulgação da Constituição, bem como a

¹³ SILVA, Luiz Felipe da Mata Machado. Mandado de injunção 27 anos: história e memória. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 40, n. 1, p. 201 - 218, jan./jun., 2015. P. 202

¹⁴ Para aprofundamento sobre a classificação da aplicabilidade e da eficácia das normas constitucionais do Brasil, cfr. “SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3a ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.”

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Habeas Data no Sistema Jurídico Brasileiro*. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília. P. 239 – 253; Jun.2002. P. 252

inexistência de uma demanda popular pela normatização do *habeas data*.

Entretanto, a explicação de sua presença no texto constitucional se dá pelo momento que antecedeu a promulgação da Constituição de 1988. O Brasil saía, naquele dado momento, de um regime ditatorial de 21 anos, que cerceava diametralmente os direitos individuais, caracterizado por uma violação incessante de liberdade de imprensa, bem como o registo de informações sigilosas pelo Serviço Nacional de Informações (SNI), razão pela qual se viu a necessidade de incluir no rol de direitos fundamentais o direito de impetrar *habeas data*.

Essa inclusão do *habeas data* no texto final da Constituição de 1988 se deu sobretudo para que os cidadãos dispusessem de um meio de reação que fosse capaz de submeter ao crivo do juízo competente qualquer violação ao direito de acesso, retificação e exclusão de informações individuais guardadas em bases de dados, especialmente as que possam prejudicá-lo de alguma forma. Com isso, permitiu também questionar a legalidade da coleta, guarda e uso de suas informações pessoais que ocorresse de maneira ilegal.

1.6. O Mandado de Segurança

Estando feita essa abordagem histórica dos remédios constitucionais, faz-se necessário uma compreensão mais robusta do mandado de segurança e seus elementos caracterizadores. Para isso, a análise do seu conceito, da legitimidade ativa para impetrá-lo, de sua natureza processual, de seu objeto e demais elementos é crucial para entender sua dinâmica e, por fim, estabelecer uma comparação com os instrumentos processuais de tutela judicial de direitos fundamentais no ordenamento jurídico português.

1.6.1. Os quatro elementos caracterizadores do Mandado de Segurança

Para verificar o conceito do mandado de segurança, antes é preciso que se verifique pormenorizadamente a maneira como o remédio constitucional está disposto na Constituição de 1988. Em seu artigo 5º, inciso LXIX, está disposto:

conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "*habeas-corpus*" ou "*habeas-data*", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Pela breve leitura do dispositivo, notam-se quatro elementos tratados.

O primeiro deles diz respeito à proteção de *direito líquido e certo*. Essa conceção jurídica ainda é um objeto de grande debate doutrinário, desde a primeira previsão constitucional do remédio em 1934. A segunda constituição republicana abordava uma noção, conforme já salientada, de que o mandado de segurança buscava a proteção de um direito *líquido e incontestável*. Entretanto, como bem observado pelo Professor José da Silva Pacheco, “como qualquer direito é passível de contestação, viu-se logo que a incontestabilidade não constitui caráter específico.”¹⁶ Essa noção de incontestabilidade do direito, portanto, restou por ser afastada e substituída pela noção de certeza.

Para o direito ser líquido e certo é imprescindível que tal direito esteja positivado em norma juridicamente válida no ordenamento, bem como cumpra os requisitos e condições para que sua tutela judicial possa ser apreciada depois da demanda impetrada pelo legitimado ativo.

Essa expressão legislativa, *líquido e certo*, sempre foi alvo de crítica, sendo muitas das vezes recorrida à doutrina enquanto fonte de direito para delimitação jurídica de seu conceito. A mesma crítica já foi preconizada pelo Professor Hely Lopes Meirelles, pois

Quando a lei alude a "direito líquido e certo", está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, *direito líquido e certo é direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior não é líquido, nem certo, para fins de segurança. O conceito de "liquidez e certeza" adotado pelo legislador é impróprio - e mal expresso - alusivo à precisão e comprovação do direito, quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito¹⁷.

Essa mesma noção de validar a noção *líquida e certa* do direito a ser

¹⁶ PACHECO, José da Silva. O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998; 4ª ed., 2002. P. 224.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes/WALD, Arnaldo/MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e ações constitucionais, ed. 36, São Paulo, 2013. P. 37.

protegido pelo mandado de segurança enquanto uma noção daquele direito ser *comprovado de plano* é defendida pelo administrativista Professor Carvalho Filho, senão vejamos:

Domina, porém, o entendimento de que direito líquido e certo é aquele que pode ser *comprovado de plano*, ou seja, aquela situação que permite ao autor da ação exibir desde logo os elementos de prova que conduzam à certeza e à liquidez dos fatos que amparam o direito. Se o impetrante não tem esses elementos logo no início do mandado de segurança, não pode valer-se do instrumento, mas sim das ações comuns. Não obstante, nada impede seja concedida a segurança quando há controvérsia sobre matéria de direito, como já consagrou a jurisprudência. É que nesse caso a matéria de direito suplanta a matéria de fato, propiciando ao juiz, desde logo, identificar e reconhecer o direito ofendido.¹⁸

Nota-se, portanto, que o direito a ser tutelado tem de ser aquele que possui um conjunto probatório suficiente para que os factos ali elencados pelo impetrante sejam suficientemente sustentáveis para ampará-lo de pronto. Entretanto, a liquidez e a certeza do direito, como referenciado pela doutrina, não impede a concessão da segurança sobre matéria de direito que possui controvérsia. Esse tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no país, cuja jurisprudência já foi fixada pela súmula¹⁹ 625, qual seja “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”²⁰.

O segundo elemento tratado no inciso supramencionado diz respeito ao caráter subsidiário de cabimento do mandado de segurança. O mandado de segurança só é cabível quando o direito violado não for passível de ser amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. O cabimento e processamento do *habeas corpus* está regulado no artigo 647º e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro, sendo cabível sua impetração *sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar*. O cabimento do *habeas data*, por sua vez, está regulado pelo artigo 7º da

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015. P. 1071

¹⁹ Súmula é um tese fixada por um tribunal que resume seu entendimento majoritário sobre julgados similares que tenham sido submetidos à sua apreciação de maneira reiterada, tendo sempre emitido julgado com os mesmos fundamentos e teor decisório.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 675. Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança. Sessão Plenária de 24/09/2003. DJ de 09/10/2003, p. 1; DJ de 10/10/2003, p. 1; DJ de 13/10/2003, p. 1.

Lei nº. 9.507/1997²¹ (lei que disciplina o rito processual do *habeas data*). No referido artigo estão previstas três hipóteses para o cabimento do *remédio constitucional*: (i) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; (ii) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; e, (iii) para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

O direito fundamental violado não estando previsto entre as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, em um primeiro momento, e nem do *habeas data*, posteriormente, é de se verificar se o ato coator constitui violação de direito líquido e certo por meio de abuso de poder ou de ilegalidade.

O terceiro e o quarto elementos, por sua vez, são respectivamente acerca do objeto do mandado de segurança e de sua legitimidade passiva. A concessão da ordem *mandamental*²², equivalente à procedência do pedido, é proferida para proteger o direito líquido e certo que foi atingido por ato ilegal ou com abuso de poder emanado pela autoridade coatora. O ato a ser atacado pelo mandado de segurança, entretanto, não é apenas exclusividade de atos administrativos específicos. Apesar de essa ser a regra, o ato pode ser emanado por qualquer agente público de qualquer dos Poderes, desde que no exercício de atribuições do poder público (natureza pública do ato coator), figurando no polo passivo o agente em si (autoridade coatora), e não a pessoa jurídica de direito público ou privado a qual encontra-se vinculado.

Além da caracterização de ser um remédio constitucional, essa concepção é insuficiente para entender o mandado de segurança enquanto um instrumento processual específico de tutela judicial de direitos fundamentais.

O instrumento é categorizado enquanto uma ação de conhecimento, sendo um processo especial, podendo vir a constituir uma decisão de mérito de natureza condenatória, constitutiva ou declaratória. Entretanto, ao conceder a segurança

²¹ que disciplina o rito processual do *habeas data*

²² A qualificação de *mandamental* foi feita por Pontes de Miranda em “PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. VIII, p. 206”;

pretendida pelo impetrante (autor da ação), sempre haverá uma ordem mandamental expedida para que seja executado o *decisum*.

1.6.2. A marcha processual do Mandado de Segurança

Para além dos legitimados passivos do mandado de segurança, o legitimado ativo pode ser qualquer indivíduo que tenha seu direito líquido e certo violado por ato ilegal ou com abuso de poder emanado de autoridade coatora competente e no exercício de suas funções públicas.

Sendo um processo especial, o mandado de segurança tem caráter de urgência, sendo possível incluir a providência cautelar²³ na própria petição inicial. O mandado de segurança tem um prazo de natureza decadencial de 120 dias, a contar do conhecimento do facto. Entretanto, se for por omissão, o prazo é contado a partir do momento em que essa omissão é oficializada. No caso de mandado de segurança preventivo²⁴, esse prazo decadencial inexistente enquanto uma condição.

Após a apreciação liminar pelo juízo competente, a autoridade coatora é intimada para prestar informações em 10 dias, com ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada. Nota-se que aqui não há uma contestação, mas uma “prestação de informações”, mantendo de certa forma a noção de incontestabilidade já afastada pela doutrina e pela legislação.

Essa flexibilização do princípio do contraditório traduz processualmente as características singulares do mandado de segurança e o bem jurídico que busca-se tutelar judicialmente, sendo este abstratamente um direito líquido e certo. Conforme já supramencionado pela melhor doutrina, o direito líquido e certo é o direito comprovado de plano, ou seja, não é necessário um conjunto probatório robusto ou contrapor argumentos fáticos e de direito ora sustentados pelos litigantes. Além disso, não há fase para instrução probatória no mandado de segurança. A produção de prova pelo impetrante cessa no momento em que ele impetra a ação.

²³ No Brasil, a doutrina e a lei tratam a providência cautelar como “medida liminar” ou “antecipação de tutela”;

²⁴ O mandado de segurança por regra é repressivo. Entretanto, há também sua modalidade preventiva, sendo cabível quando houver justo receio (iminência ou certeza) de lesão ao direito adquirido. Além dessa dualidade, há também a possibilidade de o mandado de segurança ser coletivo. Diferentemente do individual, o mandado de segurança coletivo possui um rol de legitimados ativos taxativo, seguindo o disposto no artigo 21º da Lei nº. 12.016/2009.

No que diz respeito a essa limitação do princípio do contraditório, a prestação de informações pela autoridade coatora em substituição à contestação é outra característica singular do mandado de segurança. A autoridade coatora, portanto, citada para se manifestar sobre o conteúdo da petição inicial, tem de expor esclarecimentos, não devendo pleitear sua defesa diante do mandado de segurança impetrado. Essa mesma autoridade, nesse sentido, não possui escusa do dever de colaboração com o Poder Judiciário. Em suma, a atuação da autoridade coatora pelas informações prestadas se dá enquanto fonte de prova, sendo essas informações utilizadas para verificação pelo juízo competente da veracidade das alegações feitas pelo impetrante.

Após o término do prazo para prestação das informações pela autoridade coatora, o Ministério Público é intimado para opinar no prazo improrrogável de 10 dias, podendo emitir ou não parecer sobre os fundamentos de facto e de direito vertidos na inicial. Após o término desse prazo, com ou sem parecer do Ministério Público, os autos são conclusos ao juízo competente para proferimento de decisão no prazo de 30 dias.

Concedida a segurança, é enviado em ofício à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada o inteiro teor da sentença. Sendo concedida a segurança, haverá necessariamente reexame necessário²⁵ pelo tribunal *ad quem* competente. Sendo denegada a segurança, é cabível o recurso de apelação dos termos do artigo 14º da Lei nº. 12.016/2009. Entretanto, salvo nos casos em que é vedada a concessão de liminar, a sentença que concede o mandado de segurança é executada provisoriamente.

Essa execução “provisória” aliada à noção já apresentada sobre *ordem mandamental* no *decisum* da sentença que concede a segurança são elementos que caracterizam uma especificidade deste remédio constitucional. O teor decisório da sentença não é limitante no sentido de declarar direitos ou constituir um título executivo judicial para posteriormente dar prosseguimento a uma ação executiva. O que ocorre, de facto, é a autoexecutividade da sentença. Essa autoexecutividade demonstra a particularidade do mandado de segurança possuir uma sentença que determina imediatamente o cumprimento da ordem mandamental expedida, sem a

²⁵ O reexame necessário nada mais é do que uma “apelação obrigatória”, sendo submetida a sentença procedente proferida pela primeira instância ao tribunal *ad quem*.

possibilidade de conversão em pecúnia.

1.6.3. Síntese

O mandado de segurança é, portanto, um remédio constitucional de fundamental importância não só na proteção de direitos fundamentais, mas também enquanto um meio processual *suis generis*. A limitação do direito ao contraditório é essencial para a sua tramitação célere e efetiva, de maneira a que a tutela jurisdicional efetiva que se busca seja fornecida sem qualquer risco de perecimento de direito ou de manutenção da ilegalidade do ato coator que se busca anular. Dessa forma, o seu caráter de urgência se manifesta também na marcha processual e na fixação de prazos, com o prazo decadencial para impetração, um prazo diminuto para a resposta pela autoridade coatora e de maneira distinta à contestação, bem como manifestação do Ministério Público (que pode, inclusive, precluir em caso de não manifestação), e prazo para o juiz proferir a sentença.

A fase probatória do remédio constitucional é em muito limitada, sobretudo no que concerne à produção de prova pelo impetrante. Sendo o direito líquido e certo aquele direito que é comprovado de plano, as provas a serem produzidas pelo impetrante se encerram no momento em que a petição inicial é distribuída, com as provas juntas, não sendo admitida, em regra, a junção de prova documental superveniente, nem mesmo prova pericial.

Para além da produção de prova, o mandado de segurança tem uma série de vedações legais ao provimento à providência cautelar²⁶, admite litisconsórcio, mas não admite intervenção de terceiro, não tem cunho indemnizatório e não há ônus de sucumbência de honorários de advogado²⁷.

Por fim, outro fator que demonstra a especificidade do mandado de segurança, conforme já enfatizado, é a autoexecutividade²⁸ da sentença que determina a concessão de segurança com a consecutiva ordem mandamental. Como

²⁶ Crf. Art. 7º, § 2º, Lei nº. 12.016/2009.

²⁷ Os honorários sucumbenciais no Brasil são similares às custas de parte devidas no processo judicial português. No entanto, no mandado de segurança não se condena em honorários sucumbenciais, mas são devidas as custas do processo pela parte vencida.

²⁸ Caso haja danos patrimoniais a serem executados, deve-o ser por meio de ação autónoma, uma vez que o mandado de segurança, como já frisado, não tem cunho indemnizatório.

preconizado por Humberto Theodoro Júnior sobre a maneira de dar cumprimento à sentença do mandado de segurança,

A forma de intimar e fazer cumprir a sentença é *sui generis*, como se depreende do art. 13 da Lei nº 12.016. O mandado é encaminhado, pessoalmente, à autoridade coatora, a quem não cabe modalidade alguma de impugnação ou embargo. Qualquer tipo de resistência ao pronto cumprimento da ordem judicial sujeitará o recalcitrante a penas disciplinares e criminais, correspondentes à desobediência (Lei nº 12.016, art. 26).

O juiz, tal como se passa com a execução das obrigações de fazer em geral (CPC/2015, art. 497), poderá valer-se de todos os instrumentos coercitivos do Poder Público tendentes a sujeitar a autoridade coatora à efetivação da ordem de segurança. Não se descarta nem mesmo a prisão em flagrante, uma vez que, conforme já afirmado, a resistência, no caso, corresponde ao crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal.²⁹

²⁹ ²⁹ Theodoro Júnior, HUMBERTO., 2019, op. cit., p. 302-303

Capítulo 2 – A tutela judicial dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico português

A doutrina constitucional portuguesa foi uma das principais fontes para a elaboração do anteprojeto do texto constitucional que, depois de deliberações e alterações, culminou na Constituição de 1988. Um dos principais pilares teóricos da Constituição de 1988 foi a doutrina do Professor Doutor J. J. Gomes Canotilho e sua teoria sobre o *constitucionalismo dirigente*, que muito se vê nas normas programáticas presentes na versão final aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988.

Entretanto, apesar de haver um grande diálogo entre o direito constitucional brasileiro e o direito constitucional português, bem como um viés de garantia em boa parte de seus textos, muitas são também as suas diferenças. Essas diferenças saltam aos olhos em diversas matérias, como quanto à extensão do texto, à rigidez para sua alteração, mas, em específico e tratado na presente dissertação, a tutela judicial dos direitos fundamentais nela positivados.

A tutela judicial dos direitos fundamentais no ordenamento português tem como base o conteúdo normativo disposto nos números do artigo 20º da Constituição da República Portuguesa (CRP), de epígrafe *Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva*. No número 1 do referido artigo, está assegurado a todos *o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos*, bem como o objeto de decisão de sua demanda tenha um prazo razoável e mediante processo equitativo – artigo 20º /4, CRP.

O conceito de processo equitativo remonta a própria concepção do *due process of law*, devendo ser um processo justo e adequado. E este, como preconiza o Professor Doutor J. J. Gomes Canotilho,

Pressupõe que o processo legalmente previsto para aplicação de penas seja ele próprio um “processo devido” obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na constituição ou plasmados em regras regimentais das assembleias legislativas. **Procedimentos justos e adequados moldam a actividade legiferante. Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento**

de criação legal dos mesmos processos.³⁰
(grifo meu)

Diferentemente da Constituição brasileira, a Constituição portuguesa não possui em seu texto procedimentos judiciais específicos elencados para reagir a atos ilegais ou que venham violar direitos, liberdades e garantias. O que ocorre, de facto, é uma delegação da regulamentação desses meios pelo texto constitucional ao poder constituído, desde que cumprido o requisito de sejam caracterizados pela celeridade e prioridade – como determina o artigo 20^a, n.º. 5³¹, CRP.

Esse princípio de garantia de acesso aos tribunais assegurado pelo artigo 20º, nº. 5, da CRP, encontra-se também previsto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), aprovado pela Lei nº. 15/2002, de 22 de fevereiro, que replica já em seu artigo 2º a norma fundamental do artigo 20º /1, da CRP, norma esta também consagrada no artigo 2º do Código de Processo Civil (CPC), aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho.

A garantia de acesso aos tribunais, tal como a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, também se encontram consagrados pelo artigo 268º, nº. 4, da CRP, o qual garante *aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos*. Dessa forma, anteriormente à análise dos meios processuais disponíveis de proteção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico português, a Constituição e a legislação infraconstitucional já garantem o amplo acesso aos tribunais pátrios para que os cidadãos, potencialmente lesados em seus direitos e interesses, busquem o sistema judiciário com o objetivo de que sejam protegidos com uma tutela jurisdicional efetiva.

2.1. Os três meios de tutela dos direitos fundamentais

Nos ensinamentos do Professor Jorge Alves Correia³², há três meios de

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição – 7ª ed. 18 reimp. ISBN 978-972-40-2106-5*. P. 493.

³¹ Importa dizer que o número 5 do artigo 20º da CRP, assim como os dois números anteriores do mesmo artigo, foram aditados nesta redação por meio da Lei Constitucional nº. 1/97, de 20 de setembro, que quis conferir esse objetivo dual dos procedimentos para tutela judicial: celeridade e prioridade.

³² CORREIA, Jorge Alves, *Direito Público Luso e Brasileiro: um exercício de direito constitucional comparado*, 2ª. ed., Coimbra, 2019. P. 345

tutela dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico português: meios de tutela político-administrativa, meios reparatórios ou compensatórios e meios de tutela judicial.

Os meios de tutela político-administrativas são meios de reação mais propriamente políticos do que propriamente jurisdicionais. Esses meios são materializados constitucionalmente pelo direito de petição, presente no artigo 52º da CRP³³, sendo direito do cidadão apresentar *petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral* aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades.

Ainda que esses meios garantam ao cidadão a possibilidade de reclamar perante os órgãos de soberania visando a proteção de direitos próprios ou da coletividade, é necessário que esse impulso seja procedido por uma postura fiscalizadora e proativa do órgão competente. Ainda que o cidadão deva ser informado sobre o resultado da respetiva apreciação, a atuação do cidadão reclamante, em regra, cessa no momento em que oferece a petição ao órgão competente.

Os meios reparatórios ou compensatórios, por sua vez, tratam da responsabilidade civil pela violação de direitos fundamentais por parte do Estado. Esses meios se materializam no artigo 22º da CRP, que traz em sua epígrafe *Responsabilidade das entidades públicas*. Esse dispositivo busca assegurar que qualquer ação ou omissão de natureza pública³⁴ que culmine na violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem tenha sua responsabilidade civil na forma solidária entre os titulares dos órgãos competentes, funcionários ou agentes.

Quanto aos meios de tutela judicial de direitos fundamentais, objeto da presente dissertação, é notório e como já foi exaustivamente explicitado anteriormente que a Constituição da República Portuguesa não possui instrumentos processuais específicos disponíveis ao cidadão para que se busque a tutela jurisdicional efetiva.

Cabe fazer uma breve análise sobre a exceção à essa regra que é o *habeas*

³³ Também há a materialização desses meios no artigo 23º da CRP, o recurso ao Provedor de Justiça. Entretanto, assim como o direito de petição, são meios políticos de reação contra atos ilegais ou que, de certa maneira, ocasionem um dano à coletividade.

³⁴ Esse tema foi regulado pela Lei n.º. 67/2007, de 31 de dezembro, que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas.

corpus. Esse instrumento é a única garantia específica extraordinária constitucionalmente prevista para a tutela judicial de direitos fundamentais, em específico o direito à liberdade³⁵. Entretanto, possui uma utilização muito distinta daquela utilizada no Brasil. Inicialmente porque Portugal não enfrenta os mesmos problemas de encarceramento em massa da população negra e da ocorrência prisões ilegais que o Brasil enfrenta. Em um segundo momento, a própria competência para apreciar e julgar o *habeas corpus* em terras lusitanas é exclusiva do Supremo Tribunal de Justiça, como determina o artigo 222º do Código de Processo Penal. Além do *habeas corpus*, não há qualquer outro instrumento processual próprio de tutela judicial de direitos fundamentais no ordenamento jurídico português.

Não havendo qualquer instrumento processual com essa finalidade, como ensina o Professor Alves Correia,

os particulares não gozam, em regra, de um direito autónomo de ação, nas jurisdições ordinárias ou na jurisdição constitucional, contra a violação dos seus direitos fundamentais por atos normativos ou por atos das autoridades públicas não administrativas³⁶

Com isso, o Professor entende que na jurisdição constitucional, o cidadão possui duas possibilidades: (i) suscitar incidentalmente a inconstitucionalidade em qualquer processo em concreto na jurisdição ordinária, ou, (ii) como não há acesso direto do cidadão ao Tribunal Constitucional, não tendo legitimidade ativa para tal, cabe a ele somente gozar do direito de petição do artigo 52º (ou do recurso ao Provedor de Justiça).

Essa primeira possibilidade fornece ao cidadão que tem o seu direito fundamental violado a condição de submeter à apreciação do juízo competente a inconstitucionalidade naquele caso *in concreto*, produzindo somente efeitos *inter*

³⁵ Para maior aprofundamento sobre o tema, verificar CAVALCANTE, Pedro Alencar Vasconcelos Nogueira. *Habeas Corpus em Portugal: Uma Análise À Única Garantia Específica Extraordinária Constitucionalmente Prevista Para a Defesa de Direitos Fundamentais*. 67 f. (Dissertação de Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito) – Coimbra, 2018.

³⁶ CORREIA, Jorge Alves, 2019, op. cit., p 350

partes naquele dado processo³⁷.

A segunda possibilidade, no entanto, é uma interpretação extensa do que seria um meio de reação jurisdicional. Na realidade, ao utilizar o seu direito de petição conferido constitucionalmente pelo artigo 52º, o cidadão reclamante está a usar um meio de tutela político-administrativa de reação, na tentativa de viabilizar um caminho para que os órgãos de soberania com legitimidade ativa no Tribunal Constitucional utilizem dessa reclamação para submeter o tema à apreciação dessa mesma corte. Em suma, há a utilização subsidiária de um meio de tutela político-administrativa pelo cidadão com a intenção de que ele seja convertido em um meio de tutela judicial na jurisdição constitucional por um de seus legitimados ativos em fiscalização abstrata no Tribunal Constitucional.

No que concerne a jurisdição administrativa, por outro lado, são conferidos legalmente instrumentos processuais para buscar a tutela judicial de direitos fundamentais eventualmente violados. Essa garantia está prevista no próprio texto constitucional português, no artigo 268º, nº. 4, o qual garante aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos na justiça administrativa. Os elementos contidos nesse dispositivo e na legislação infraconstitucional, entretanto, não conferem aos direitos fundamentais mecanismos processuais próprios para tutela judicial na esfera administrativa³⁸.

Ou seja, a Constituição e a legislação infraconstitucional garantem aos cidadãos (administrados) instrumentos processuais para reação de quaisquer atos administrativos que os lesem, mas esses instrumentos também são utilizados para assegurar outros bens jurídicos; portanto, também não há instrumentos processuais específicos e/ou próprios para a proteção direitos fundamentais na esfera administrativa.

Há de se verificar, contudo, se esses meios processuais disponíveis na jurisdição administrativa se demonstram suficientes para que a tutela jurisdicional efetiva seja garantida pelo juízo competente, assim como se são também garantidos

³⁷ Como se sabe, essa situação ocasional pode gerar um precedente e, consecutivamente, uma fonte de direito. Entretanto, o efeito da declaração da inconstitucionalidade da norma/ato se limita tão somente àquele processo em apreciação.

³⁸ Portugal dispõe ainda de meios especiais de tutela judicial de direitos fundamentais por intermédio da justiça europeia. Entretanto, tendo em vista que a análise comparativa que baliza a presente dissertação situa-se numa lógica de direito interno, a exposição desses meios europeus torna-se pouco relevante ao presente trabalho.

todos os elementos necessários e caracterizadores para a proteção de direitos fundamentais por via da tutela judicial.

2.2. A pluralidade de jurisdição e o ordenamento jurídico português

Antes dessa verificação, é indispensável entender que o princípio estruturante do Poder Judiciário português é distinto ao que se verifica no Brasil. Apesar de no Brasil haver justiças especializadas como a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral, a Justiça Federal, a Justiça Militar e a Justiça Comum, bem como *modus operandi* um tanto quanto distintos, como sistemas de recurso próprios, modos específicos de nomeação/acesso de juízes, todas essas ramificações pertencem a um único Poder Judiciário, constituindo o que se entende enquanto um sistema de unidade jurisdicional na estruturação do Poder Judiciário brasileiro.

O Poder Judiciário português, porém, rege-se por um sistema de pluralidade de jurisdição. Muito influenciados pelo modelo presente no Estado francês, também inserido numa forma de Estado unitário, os constituintes portugueses de 1976 entenderam que a receção pelo ordenamento jurídico de um sistema que pudesse repartir as funções judiciais em dois seguimentos distintos seria melhor para a estruturação do Poder Judiciário. Os dois seguimentos são, portanto, a jurisdição comum (ou ordinária) e a jurisdição autónoma administrativa.

O princípio da pluralidade de jurisdição só restou estabelecido em Portugal, sem mais controvérsias, após a revisão constitucional de 1989. Antes dessa revisão, contudo, a Constituição consagrava *tendencial pólo de atracção em torno da magistratura ordinária*, embora não rececionasse um modelo de unidade de jurisdição. Em conformidade ao ensinado pelo Professor Canotilho,

Depois da revisão de 1989, ficou claro que ao lado da magistratura ordinária existe uma magistratura administrativa e fiscal e uma magistratura constitucional com órgãos e funções independentes de magistratura ordinária. Dessa forma, não existe, entre nós, um “tribunal supremo”, mas vários tribunais supremos (Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Administrativo, Tribunal Constitucional, Tribunal de Contas).

(...)

De qualquer modo, o Supremo Tribunal de Justiça é ainda visto como o “Supremo” dada a “generalidade” da sua competência, a especificidade do respectivo procedimento de acesso e a importância da sua

jurisprudência.³⁹

2.3. Os meios de tutela judicial no Código de Processo dos Tribunais Administrativos

Compreendida essa dimensão estruturante da jurisdição autónoma administrativa na organização judiciária portuguesa, passa-se à verificação se os meios processuais disponíveis nessa mesma jurisdição se demonstram suficientes para que a tutela jurisdicional efetiva seja garantida.

Nesse ínterim, segundo o Professor Alves Correia,

A justiça administrativa oferece mecanismos de tutela diversificados para a proteção dos particulares, regulados no CPTA: (1) ação de impugnação dos atos administrativos ilegais, e condenação à prática de atos administrativos legalmente devidos; (2) ação de impugnação e de condenação à emissão de normas administrativas; (3) ação de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas; (4) ação de reconhecimento de direitos; (5) ações impositivas e inibitórias; (6) ação de reposição; (7) ação relativa à validade e execução dos contratos⁴⁰.

Foi construída no ordenamento, então, uma ampla proteção jurídica aos direitos fundamentais dos cidadãos a ser exercida na esfera da jurisdição administrativa, para além da garantia de arguir incidentalmente a inconstitucionalidade de normas em cada ação processual *in concreto*, como ora já sustentado. Além de constituir um dos temas centrais da presente dissertação, o que se indaga é se esse arcabouço processual disposto legalmente na jurisdição administrativa é suficiente para a proteção de direitos fundamentais, os quais possuem bens jurídicos a serem tutelados muito mais sensíveis que qualquer outro direito material residual.

Todos esses meios processuais disponíveis para proteção dos particulares estão previstos legalmente no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). No artigo 37º, nº. 1 do CPTA, estão dispostos os objetos daqueles processos que devem seguir a forma da *ação administrativa* não-urgente. O dispositivo legal determina ainda que o processo seguirá esta forma de tramitação desde que sua

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 662

⁴⁰ ⁴⁰ CORREIA, Jorge Alves., 2019, op. cit., p 353

apreciação seja de competência dos tribunais administrativos (ora disposta no artigo 13º do CPTA), bem como não haja regulação especial (seja pelo próprio CPTA ou por legislação avulsa).

A ação administrativa enquanto forma era caracterizada como especial ou comum até a publicação do Decreto-Lei nº. 214-G/2015, de 02 de outubro. Após a entrada em vigor desse Decreto-Lei, que foi editado com intuito de harmonizar o CPTA e suas normas, a diferenciação de ação administrativa especial e comum deixou de existir. Segundo Diogo Freitas do Amaral e Mário Aroso de Almeida⁴¹, a ação administrativa comum era caracterizada “por admitir a dedução genérica de pedidos de condenação, de mera apreciação e constitutivos, sempre que não tenha sido emitida ou não se pretenda a emissão de um acto administrativo ou de uma norma”, enquanto a ação administrativa especial era “caracterizada pelo facto de se reportar à prática ou omissão de actos administrativos ou de normas”.

Com a Reforma da Justiça Administrativa pelo Decreto-Lei nº. 214-G/2015, a ação administrativa passou a ser categorizada somente enquanto um processo comum declarativo, extinguindo de seu texto a modalidade de processo especial⁴². Entretanto, o CPTA prevê o carácter urgente e não-urgente da ação administrativa, bem como a existência de outros processos urgentes, em acordo com o que é remetido pelo artigo 35º. É dessa forma que explica o Professor Doutor Mário Aroso de Almeida, quando informa que essa lógica

Resulta do esquema genericamente traçado no artigo 35º que, sem prejuízo de outros que possam ser consagrados em legislação especial, o regime das formas do processo administrativo declarativo concretiza-se na previsão de uma forma de processo que é o processo declarativo comum, que se pode qualificar como não-urgente, e de formas de processo especiais, que o Código qualifica como *urgentes*. A forma de processo não-urgente é designada por *acção administrativa* (cfr. Artigo 35º, nº I, e Título II: artigos 37º e seguintes), ao que acrescem os processos declarativos urgentes (cfr. Artigos 35º, nº. 2, 36º, nº. 1, alíneas *a*) a *c*), e Título III: artigos 97º e segs.), em que se enquadram as formas da *acção administrativa urgente*, constituída pelo contencioso dos atos administrativos em matéria eleitoral da competência dos tribunais administrativos, o contencioso dos atos administrativos praticados no

⁴¹ AMARAL, Diogo Freitas do e ALMEIDA, Mário de Aroso (2002), *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, Ed. Almedina, Coimbra. P. 86

⁴² Há de se ressaltar que o processo especial foi extinto do texto do CPTA, mas isso não implica sua inexistência no ordenamento jurídico português. Em legislações avulsas ou especiais, os processos administrativos especiais continuam a existir, conforme se depreende, por exemplo, da previsão legal da declaração para perda de mandato local, regulada pela Lei nº. 27/1996, de 1º de agosto.

âmbito de procedimentos de massa e o contencioso dos atos relativos à formação dos contratos das Diretivas europeias da contratação pública (artigo 97º a 103º-B), e as intimações que incluem a intimação para prestação de informações, consulta de processos e passagem de certidões e a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias (artigo 104º e 111º).⁴³

2.3.1. As ações administrativas não-urgentes

Quanto às ações administrativas não-urgentes enquanto instrumentos processuais disponíveis para tutela de direitos fundamentais na jurisdição administrativa, tem-se inicialmente a ação de impugnação dos atos administrativos ilegais prevista no artigo 37º, nº. 1, alínea *a*, regulada pelos artigos 50º ao 65º, todos do CPTA.

Como disposto no artigo 50º, nº. 1, o objeto da ação de impugnação do ato administrativo é a anulação ou declaração de nulidade desse ato. A sentença a ser proferida nessa espécie de processo, por consequência, pode ser constitutiva no caso de anulabilidade do ato administrativo ou declarativa no caso de declaração de nulidade desse ato. Essa diferenciação da invalidade dos atos administrativos é de grande importância ser feita, tendo em vista a produção de efeitos distinta na ordem jurídica no caso de um ato administrativo nulo ou anulável⁴⁴.

Da leitura do artigo 51º, salvo melhor juízo, o ato para ser impugnável tem de cumprir três requisitos objetivos⁴⁵, quais sejam: possua conteúdo decisório (*são impugnáveis todas as decisões*), com eficácia que vise produzir efeitos jurídicos externos (*visem produzir efeitos jurídicos externos*), numa situação individual e concreta.

Paralelamente à ação de impugnação, há a condenação à prática de atos

⁴³ ALMEIDA, Mário Aroso de. Manual de processo administrativo. – 6ª ed. – (Manuais universitários) ISBN 978-989-40-0306-9. P. 368

⁴⁴ Subsidiariamente, utiliza-se o Código de Procedimento Administrativo (CPA) para averiguar a diferenciação da produção dos efeitos desses atos nulos ou anuláveis, estando a invalidade dos atos administrativos regulada pelos artigos 161º ao 164º do referido código

⁴⁵ Antes da reforma da justiça administrativa proporcionada pelo Decreto-Lei nº. 214-G/2015, de 02 de outubro, existia ainda um quarto requisito que era o requisito orgânico, ou seja, o ato administrativo teria de ser emanado por autoridade integrada na Administração Pública. Com a reforma, esse requisito deixou de existir, porque os atos administrativos impugnáveis também podem ser emanados de entidades privadas que atuem no exercício de poderes jurídico-administrativos, como aduz a parte final do artigo 51º, nº. 1, parte final, do CPTA. Antes da reforma, a jurisprudência portuguesa já se posicionada nesse sentido, tendo em vista a natureza pública do ato, ainda que emitido por uma entidade privada, mas desde que essa entidade, todavia, estivesse investida de poderes jurídico-administrativos.

administrativos legalmente devidos, sendo esta prevista no artigo 37º, nº. 1, alínea *b*, regulada pelos artigos 66º ao 71º, todos do CPTA. Esta ação em específico busca que a tutela jurisdicional administrativa supra alguma omissão ou recusa cometida pela entidade competente quando deveria fazê-lo. Em consonância ao que sustenta o Professor Doutor Mário Aroso de Almeida sobre esta ação,

Como resulta do artigo 66º, nº 1 (2), não está aqui apenas em causa a condenação da Administração à prática de actos administrativos, mas também a fixação de um prazo determinado, dentro do qual esses actos devem ser praticados. Quando, no caso concreto, se verificarem circunstâncias que permitam suspeitar de que o titular do órgão competente oporá resistência ao cumprimento da decisão e exista, por isso, um fundado receio de incumprimento, o tribunal pode considerar justificada a imposição ao referido titular, logo na sentença de condenação, de uma sanção pecuniária compulsória (artigo 66º, nº 3).⁴⁶

Esta ação possui três pressupostos alternativos a serem observados antes de sua propositura, quais sejam: quando a decisão da entidade não tenha sido proferida dentro do prazo legalmente previsto, ou quando haja recusa pela entidade de apreciação de requerimento submetido pelo requerente, ou ainda quando a entidade pratique um ato administrativo que não satisfaça inteiramente a pretensão do requerente.

Outra ação prevista no CPTA enquanto ação administrativa não-urgente é a condenação à emissão de normas administrativas, prevista no artigo 37º, nº. 1, alínea *d* (Impugnação de normas) e *e* (Condenação à emissão de normas), regulada pelos artigos 72ª ao 77º, do CPTA. A impugnação das normas tem por objeto, como determina o artigo 72ª, nº. 1, *a declaração da ilegalidade de normas emanadas ao abrigo de disposições de direito administrativo*, tendo como fundamento vícios da própria norma ou da invalidade (nulidade ou anulabilidade) dos atos praticados durante toda tramitação ocorrida até sua aprovação e publicação. Simultaneamente, a condenação à emissão de normas está positivada no artigo 77º do mesmo código, garantindo a um rol de legitimados específicos⁴⁷ a capacidade jurídica para requerer

⁴⁶ ALMEIDA, Mário Aroso. Sobre as accoes de condenacao a pratica de actos administrativos (p. 99 – 134). In Revista Temas e Problemas de Processo Administrativo. 2ª Edição Revista e Atualizada. Set/2011. Lisboa. P. 100

⁴⁷ O Ministério Público, as demais pessoas e entidades defensoras dos interesses referidos no n.º 2 do artigo 9.º, os presidentes de órgãos colegiais, em relação a normas omitidas pelos respetivos órgãos, e quem alegue um prejuízo diretamente resultante da situação de omissão.

a tutela jurisdicional no sentido de, sendo configurada a ilegalidade por omissão legislativa e/ou regulamentadora, vir a requerer ao tribunal administrativo que condene a entidade competente para emitir o regulamento em prazo razoável a ser fixado, logo sanando a ilegalidade perpetrada pela omissão.

2.3.1.1. A marcha processual das ações administrativas não-urgentes

Apesar de cada ação administrativa não-urgente supracitada possuir especificidades processuais em seu rito, a marcha do processo em geral é regulada pelos artigos 78º ao 96º do CPTA, da fase dos articulados, da fase de saneamento, instrução e alegações, e, por último, da fase de julgamento que se materializa pelo proferimento de sentença e sua consecutiva publicidade.

Conforme já salientado anteriormente, a ação administrativa, desde a reforma da justiça administrativa em 2015, segue a forma de processo declarativo comum, sendo muito semelhante àquela adotada no Código de Processo Civil (CPC).

Apesar dessa semelhança, como se sabe, o Código de Processo Civil português vigente foi publicado em 26 de junho de 2013, portanto mais de dois anos antes da reforma proporcionada pelo Decreto-Lei nº. 214-G/2015, de 02 de outubro. Ainda assim, apesar das inovações e da profunda reforma trazidas por este Decreto-Lei, muitas das inovações que constaram no Código de Processo Civil de 2013 não foram devidamente incorporadas no CPTA, o que deveria ter sido feito ao levar em consideração a única⁴⁸ forma processual que rege a ação administrativa, oriunda de uma utilização do CPC como referência em matéria processual e fonte de direito.

Ainda com suas particularidades e diferenças do modelo adotado pelo CPC antes da promulgação da reforma, a forma comum declarativa do processo na jurisdição administrativa tende a se assemelhar àquela utilizada no processo civil. Tendo como exemplo disso a fase dos articulados. Essa fase está regulada entre os artigos 78º e 86º do CPTA, a dividir-se em cinco etapas: a petição inicial, a intervenção da secretaria, a contestação dos demandados e dos contrainteresados⁴⁹,

⁴⁸ Reitera-se que a análise a ser feita utiliza o CPTA como referência. Como é sabido e já suscitado no presente trabalho, a legislação avulsa/especial ainda prevê pontualmente algumas ações que possuem a forma processual especial de ação administrativa.

⁴⁹ Inclui-se aqui, também, a reconvenção.

intervenção do Ministério Público, e, por último, a réplica e a tréplica.

Na primeira etapa, tem-se a petição inicial, cujos requisitos objetivos estão presentes no artigo 78º, CPTA. Além do dever de cumprir os requisitos da inicial, sob pena de recusa pela secretaria nos termos do artigo 80º, CPTA, deve o autor indicar os contrainteresados, e, caso não seja possível indica-los, deve requerer o acesso à certidão que os identifique a ser cedida pela Administração Pública. Em caso de recusa pela Administração Pública ou morosidade por esta, violando um prazo razoável de que essa certidão seja emitida, pode o autor da ação informar na petição inicial esse facto, devendo, todavia, fazer prova de que o requerimento foi devidamente submetido à apreciação da entidade competente para sua consecutiva emissão. Por último, na apresentação da petição inicial, deve o autor instruí-la com os documentos devidos, com o preenchimento dos requisitos e os documentos que atestam as alegações vertidas em seu texto.

Na segunda etapa, tem-se a intervenção da secretaria, a qual, antes da conclusão dos autos ao juízo competente, verifica o cumprimento dos pressupostos da ação e pode recusá-la caso haja a ocorrência de uma das hipóteses positivadas nas alíneas do artigo 80º, nº. 1, CPTA. Na terceira etapa, por sua vez, tem-se a contestação dos demandados e dos eventuais contrainteresados, incluindo, também, a reconvenção. Nessa referida etapa, sendo assim, os direitos e garantias do réu muito se assemelham àqueles previstos na lei processual civil. Entretanto, há de destacar que o regime do artigo 83º, nº. 4, passou a admitir a revelia no contencioso administrativo, consagrando-se o ónus de contestar nos processos administrativos, sob pena de produzir efeito de revelia. É esse o entendimento trazido pela Professora Doutora Ana Celeste Carvalho, senão vejamos:

Por outro lado, do n.º 4 do art. 83.º extrai-se o seguinte regime:

- i) a falta de impugnação especificada nas acções relativas a actos e a normas não importa a confissão dos factos articulados pelo autor, mas o tribunal aprecia livremente essa conduta;
- ii) a contrario senso, a falta de impugnação especificada – e por maioria de razão, a falta de contestação –, nas acções relativas a contratos e responsabilidade civil, importa a confissão dos factos articulados pelo autor;
- iii) a falta de contestação importa a confissão dos factos alegados pelo autor.

Este último ponto é o mais controverso, por não resultar claramente da lei e não existir inteira coerência entre o disposto nos arts. 82.º e 83.º e as suas respectivas epígrafes, numa matéria em que é exigível que exista

suficiente clareza jurídica.

(...)

A única distinção de regime que é introduzida prende-se com o ónus de impugnação especificada, que não existe no caso de a acção ser relativa a actos e a normas, pois quanto ao ónus de contestar ele passa a vigorar no contencioso administrativo, independentemente do tipo de acção.⁵⁰

Dito isto, na quarta etapa dessa fase de articulados, tem-se a intervenção do Ministério Público. Nessa intervenção, a petição é remetida para o Ministério Público assim que os demandados são citados, estando incumbido o *parquet* de se pronunciar no prazo de trinta dias sobre o mérito da causa na atuação enquanto fiscal da lei e garantindo a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, além de poder suscitar causas de invalidade arguidas na inicial e requerer ao juízo novas diligências com intuito de produção probatória.

Por fim, a fase dos articulados se encerra com a réplica e tréplica. Essa etapa é alvo de muita crítica doutrinária por diversos motivos. Inicialmente, na primeira versão do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, preconizada pela Lei nº. 15/2002, de 22 de fevereiro, inexistia na fase dos articulados qualquer previsão legal sobre a manifestação em réplica e em tréplica. Tendo em vista a similaridade da forma processual entre o contencioso cível e o contencioso administrativo já aduzida, o Código de Processo Civil promulgado em 2013 removeu de seu texto a tréplica e limitou a função da réplica. A reforma do CPTA em 2015, por outro lado, não só não seguiu a nova forma processual comum declarativa disposta no CPC, como também reverteu aquilo que dispunha em seu texto anteriormente, ampliando a fase dos articulados. Essa alteração foi objeto de análise pela melhor doutrina, senão vejamos:

As razões que presidem a opções tão diferentes⁵¹ devem-se à circunstância de o processo civil ter erigido como objectivos centrais da sua reforma, a celeridade e a simplificação processual, na ideia de que o menor número de articulados das partes e o acentuar da oralidade, seja das partes, seja do tribunal, seria favorável a obter esse resultado. No processo administrativo, o CPTA não acentua estas finalidades, pois não obstante se reconhecer que a justiça não é tão célere quanto deveria, não se reconhece que estas medidas sejam adequadas à obtenção de uma melhor justiça administrativa, seja na vertente da obtenção de uma decisão temporalmente justa, seja na perspectiva de uma melhor justiça

⁵⁰ CARVALHO, Ana Celeste. O regime processual da nova acção administrativa: aproximações e distanciamentos ao Código de Processo Civil. In *Justiça Administrativa* nº. 113. Setembro/Outubro 2015. Lisboa. P. 17

⁵¹ Aqui a referência comparativa é a opção feita pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos e a opção feita pelo Código de Processo Civil.

material.⁵²

Para além de não acentuar essas finalidades, ao dispor legalmente de uma fase de articulados mais alargada, a ação administrativa privilegia maior possibilidade para as partes sustentarem suas alegações e requererem o que entendem por direito em detrimento da celeridade e economia processuais, tendo em vista que, havendo esse alargamento, mais atos processuais têm de ser praticados, o que prolonga a marcha do processo e protela a busca por uma tutela jurisdicional efetiva.

Passando à análise da segunda fase, fase de saneamento, instrução e alegações do processo, essa parte da marcha processual da ação administrativa não-urgente se inicia pelo despacho pré-saneador⁵³. Nessa etapa, o juiz possui um poder decisório de adequação do trâmite em acordo com as alegações e exceções dilatórias apresentadas na fase dos articulados. Em suma, o juízo competente profere o despacho determinando eventual suprimento de exceções dilatórias, aperfeiçoamento dos articulados e a junção de documentos que visem instruir de melhor forma as alegações apresentadas. O despacho pré-saneador e seus elementos contidos no artigo 87º, do CPTA, se coadunam com o dever de gestão processual preconizado pelo artigo 7º-A, também do CPTA, que por regra incumbe ao juiz poderes decisórios *ex officio* visando a melhor adequação dos atos processuais praticados ao mérito do que será decidido.

Posteriormente ao eventual despacho pré-saneador proferido, outra etapa que constitui essa fase de saneamento, instrução e alegações é a realização de audiência prévia. A audiência prévia está prevista legalmente nos artigos 87º-A, 87º-B e 87º-C do CPTA, sendo outro ato processual totalmente distinto do processo civil, tendo em vista que a audiência prévia no contencioso administrativo é facultativa, podendo vir a realizar-se ou não. Isso ocorre porque na matéria processual administrativa as questões centrais da lide estão vinculadas mais propriamente a uma matéria de direito, enquanto na matéria processual cível, a matéria de facto possibilita maior flexibilização das alegações em busca de o firmamento de um

⁵² CARVALHO, Ana Celeste., 2015, op. cit., p. 19

⁵³ Importa dizer que o despacho pré-saneador é eventual em acordo com o caso concreto, ou seja, o juiz profere o despacho saneador somente se verificadas as hipóteses previstas no n.º 1 do artigo 87º, do CPTA, sejam elas cumulativamente ou alternadamente. Não havendo qualquer, o despacho pré-saneador não precisa ser realizado.

acordo entre as partes.

Havendo ou não tanto o despacho pré-saneador como a audiência prévia, o juízo competente profere o despacho saneador que possui dois objetivos específicos, ora dispostos no artigo 88º, nº. 1, quais sejam o conhecimento das exceções dilatórias e nulidades suscitadas pelas partes ou de apreciação de ofício, bem como *conhecer total ou parcialmente da causa sempre que a questão seja de direito ou, sendo também de facto, o estado do processo permita*⁵⁴. Deve ser exposta ainda que é no despacho saneador que as exceções dilatórias suscitadas pelas partes devem ser apreciadas; caso contrário, não podem ser suscitadas posteriormente em outra fase processual. Logo após o despacho saneador, antes do encerramento dessa fase, há ainda a instrução do processo, regulada pelos artigos 89º-A e 90º, do CPTA, que em muito se assemelha àquela presente na lei processual civil.

Anteriormente do início da fase de julgamento, a encerrar a fase de saneamento, instrução e alegações, há ainda lugar para a realização de audiência final desde que *haja prestação de depoimentos de parte, inquirição de testemunhas ou prestação de esclarecimentos verbais pelos peritos*, conforme determinado pelo artigo 91º do CPTA.

A última fase da marcha processual da ação administrativa é a fase de julgamento, materializada pelo proferimento de sentença. Observadas as regras de competência da jurisdição autónoma administrativa presentes no CPTA, a sentença que julga procedente a ação administrativa possui um efeito jurídico *suis generis* dessa matéria, qual seja a constituição de um dever a ser cumprido pela Administração Pública de anular o ato administrativo impugnado, visando reconstituir a situação de facto de acordo com o julgado antes da prática desse mesmo ato, como se tal nunca fosse praticado⁵⁵.

2.3.2. As ações administrativas urgentes

Estando elucidadas todas as ações administrativas não-urgentes dispostas no

⁵⁴ Aqui tem-se a verificação da *causa madura*. A Teoria da Causa Madura é uma teoria que é muito debatida no Brasil e, em síntese, define quando uma causa já está apta a ser julgada de imediato, sem necessidade de mais alegações, tendo em vistas que a instrução pelas partes já se encontra exaurida.

⁵⁵ A produção desses efeitos *ultraconstitutivos* está amparada legalmente pelo artigo 173º, nº. 1, do CPTA.

CPTA, bem como sua marcha processual, faz-se necessário a análise dos tipos de ação administrativa urgente, bem como sua forma distinta de tramitação, quando em comparação com a sua modalidade não-urgente. Há, portanto e em conformidade com o artigo 97º, do CPTA, três tipos de ação administrativa urgente, quais sejam o contencioso eleitoral, o contencioso dos procedimentos de massa e o contencioso pré-contratual.

O primeiro deles, o contencioso eleitoral, está regulado pelo artigo 98º do CPTA. Este tipo de ação administrativa urgente tem por objeto as demandas judiciais na jurisdição administrativa que lidem com processos eleitorais que não são regulados pela lei especial e avulsa⁵⁶, tendo em vista que seu âmbito de aplicação só incide quando não há competência de processar e julgar seja pelo Tribunal Constitucional, seja por outros tribunais. Com isso, as eleições presidenciais, europeias, legislativas, legislativas regionais e autárquicas não podem ser objeto de apreciação do tribunal administrativo por intermédio desse meio processual de reação. Outra característica dessa ação é a legitimidade ativa de sua propositura, sendo somente legítimo para tal o eleitor ou elegível naquela eleição que seja objeto da demanda. Essa ação administrativa urgente é utilizada sobretudo para eleições ocorridas em entidades pertencentes à Administração Pública, como empresas e associações públicas e demais entidades administrativas. Sua urgência está prevista por suas etapas processuais.

Inversamente às ações administrativas não-urgentes, o contencioso eleitoral tem um prazo de propositura da ação de sete dias, por regra. Após conclusão dos autos ao juízo competente, o polo passivo é intimado para manifestar-se em sede de contestação no prazo de cinco dias. Posteriormente à manifestação do réu, o juízo competente profere decisão em cinco dias ou submete o processo para julgamento.

O contencioso dos procedimentos de massa, por sua vez, é a mais nova dos três tipos de ações administrativas urgentes. Essa ação foi trazida como uma inovação pela reforma da justiça administrativa proporcionada pelo DL n.º 214-G/2015, de 02/10. Regulado pelo artigo 99º do CPTA, o contencioso dos procedimentos de massa buscou dar celeridade e urgência a processos múltiplos que tenham por objeto um ato administrativo praticado no âmbito de um procedimento,

⁵⁶ Ou seja, o âmbito de aplicação desse tipo de ação é residual.

seja ele de concurso de pessoal, de realização de provas e ou de recrutamentos, desde que cumpridos alguns pressupostos de admissibilidade previstos nas normas positivadas no artigo 99º, do CPTA.

O prazo para propositura da ação, diferentemente do contencioso eleitoral, é de um mês. Outro pressuposto de admissibilidade para a propositura da ação é o de que o objeto da demanda – o procedimento em si – envolva mais de cinquenta participantes. Sendo assim, havendo a propositura de mais de uma ação administrativa sobre o mesmo procedimento e observados os pressupostos de admissibilidade regulados pelo referido artigo, todos devem ser apensados obrigatoriamente ao primeiro processo distribuído. Após a apreciação pelo juízo competente, o réu é notificado para se manifestar em sede de contestação no prazo de vinte dias, tendo o juiz trinta dias para proferir decisão ou submeter o processo a julgamento.

Apesar desses dois tipos de ações serem caracterizadas enquanto ações administrativas de caráter urgente, nota-se uma grande diferença nos prazos processuais para manifestação das partes e, também, do juízo competente. Contudo, há de ser compreendido que tratam-se de ações que possuem objetos bem distintos, bem como o facto de que o risco de perecimento do direito no caso da primeira é muito maior que aquele que eventualmente se verifique na segunda. Também se verifica na segunda ação um polo ativo heterogêneo, cujos interesses, demandas e pedidos podem se assemelhar, mas possuem, no todo, fundamentações e arguições distintas, o que exige-se mais prazo para que a causa seja apreciada e julgada em conformidade com o vertido por cada um dos interessados e autores da ação.

Por último, há ainda o contencioso pré-contratual como ação administrativa urgente. Esse tipo de ação é um meio processual que possibilita a tutela jurisdicional administrativa às demandas que sejam concernentes às fases pré-contratuais dos contratos públicos, ou seja, durante todo o procedimento de sua formação. Com a reforma de 2015, todavia, a fase pré-contratual que pode ser objeto dessa ação é somente àquela concernente a alguns contratos públicos dispostos no artigo 100º, do CPTA, quais sejam *empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços*.

O que torna essa ação distinta das outras duas ações administrativas urgentes se verifica por diversos elementos, mas, sobretudo, pela marcha processual. O artigo 102º, n.º 1, do CPTA, determina que a tramitação processual do contencioso pré-contratual se estabeleça, por regra, àquela disposta na marcha processual das ações não-urgentes, ressalvadas as especificidades do próprio artigo 102º. Isso ocorre tendo em vista que tem de se verificar no contencioso pré-contratual maior salvaguarda e observação do direito ao contraditório, diferentemente do contencioso eleitoral e do contencioso de procedimentos de massa, em que o contraditório é mitigado em benefício da celeridade processual. O contencioso pré-contratual, apesar de ser uma ação urgente, possui um âmbito mais alargado. Como ensinado pelo Professor Doutor Mário Aroso de Almeida,

Como hoje torna claro o n.º 1 do artigo 100º, no âmbito do contencioso pré-contratual, tanto podem ser, portanto, deduzidas pretensões impugnatórias, dirigidas contra actos administrativos de conteúdo positivo, como pretensões de condenação à prática de actos administrativos, em situações de omissão ou recusa da prática de tais actos.

Por outro lado, o artigo 103º submete ainda ao regime do contencioso pré-contratual a impugnação dos programas dos procedimentos, dos cadernos de encargos e outros documentos conformadores dos procedimentos pré-contratuais. Este artigo aplica-se às situações em que haja interesse em suscitar a questão da legalidade de determinações contidas nestes documentos, pedindo a invalidação dessas determinações. Pelo menos no que respeita aos programas e demais documentos conformadores dos procedimentos, temos aqui configurada uma modalidade específica de impugnação directa de normas, que dispensa os interessados da necessidade de aguardarem pela prática de eventuais actos concretos de aplicação para suscitarem, incidentalmente, a questão da ilegalidade da norma aplicada.⁵⁷

Resta-se, portanto, o contencioso pré-contratual figurado como uma ação administrativa urgente com instrumentos impugnatórios distintos aos demais da mesma modalidade previstos no CPTA, sobretudo no que concerne sua forma de tramitação⁵⁸.

⁵⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de. Manual de processo administrativo. – 6ª ed. – (Manuais universitários) ISBN 978-989-40-0306-9. P. 138-139

⁵⁸ Vale uma nota sobre o contencioso pré-contratual urgente. O Artigo 103-A do CPTA, que trata do efeito suspensivo automático nas ações de contencioso pré-contratual, teve seu âmbito de aplicação muito restringido pela revisão de 2019, o que o Professor Mário Aroso de Almeida entende que “perdeu-se, no essencial, a utilidade do regime do artigo” (p. 142, ob. cit.), tendo em vista a falta de diferenciação entre esse regime e o regime da tutela cautelar. Essa alteração foi proporcionada, nas palavras do Professor Doutor, “no propósito de promover a efetividade da tutela jurisdicional dos

2.3.3. As intimações

Como já explanado, as ações administrativas são processos declarativos comuns, sendo admitido o carácter urgente da sua tramitação, tal como estão dispostos no CPTA o âmbito de aplicação tanto na modalidade urgente como na não-urgente. Entretanto, o código ainda reconhece outro meio processual específico de processo urgente, que são as intimações. O CPTA reconhece duas modalidades de intimações enquanto processos urgentes, a primeira diz respeito à intimação para prestação de informações, consulta de documentos e passagem de certidões, enquanto a segunda consagra um processo urgente que visa proteger direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

A intimação para prestação de informações, consulta de documentos e passagem de certidões é regulada pelos artigos 104º ao 108ª do CPTA, tendo como objeto a busca pela tutela do direito à informação procedimental, ora presente nos artigos 82º a 85º do Código de Procedimento Administrativo (CPA), bem como do direito à informação extraprocedimental⁵⁹. Em consonância ao que preceitua o Professor Doutor Mário Aroso de Almeida,

A prestação de informações e de acesso a documentos e a passagem de certidões são prestações cuja realização se consubstancia em meras actuações administrativas: nem o pedido de informação, de acesso a documentos ou de passagem de certidão é objecto da apresentação de um requerimento dirigido à prática de um acto administrativo, já que o interessado não pretende, nesse contexto, a tomada de uma decisão definidora da sua situação jurídica, mas a obtenção de uma simples prestação que se cifra numa informação, numa certidão ou no acesso a documentos; nem a satisfação do pedido envolve o exercício de qualquer poder de autoridade, mas apenas a realização de actos internos e operações materiais, pelo que a pronúncia através da qual o órgão requerido defira ou indefira o pedido não é um acto administrativo, que exprima o exercício de um poder de decisão concreta da Administração.⁶⁰

Essa afirmação está alinhada às normas da intimação determinada pelo

interessados no domínio da contratação pública regulada pelo Direito da União Europeia” (p. 139, ob. Cit.)

⁵⁹ Este direito é regulado pela Lei nº. 46/2007, de 24 de Agosto, que regula o acesso aos documentos administrativos.

⁶⁰ ALMEIDA, Mário Aroso de. Manual de processo administrativo. – 6ª ed. – (Manuais universitários) ISBN 978-989-40-0306-9. P. 144

CPTA. Havendo qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito à informação procedimental requerido pelo interessado⁶¹, esse meio processual pode ser instaurado visando afastar essa violação e resguardar tal direito. A norma jurídica não se limita no sentido de que haja somente um indeferimento aos pedidos formulados pelo interessado, mas um caráter muito mais amplo, uma vez que basta a não satisfação integral dos pedidos formulados para ensejar a intimação. Essa não satisfação se traduz, pelos pressupostos do artigo 105º, do CPTA, em três hipóteses exemplificativas, quais sejam decurso do prazo estabelecido pela lei sem a satisfação do pedido pela entidade competente, indeferimento do pedido ou, ainda, satisfação parcial do pedido.

Sendo deduzido o requerimento de intimação, a entidade demanda e os contrainteressados são citados para se manifestar sobre o pedido no prazo de dez dias. Posteriormente, a observar a urgência do processo, o juízo competente deve proferir decisão no prazo de cinco dias, salvo se verifique a necessidade de realização de diligências prévias a serem determinadas. A decisão a ser proferida, nesse sentido, determina o cumprimento da intimação no prazo de dez dias, sendo uma decisão autoexecutiva, sendo passível ainda a responsabilização civil, disciplinar e criminal da autoridade competente, tal como a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias.

O outro processo de intimação regulado pelo CPTA é a intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias. Essa intimação visa assegurar direito, liberdade ou garantia quando se torne necessária a emissão de uma decisão de mérito célere que determine à Administração o cumprimento de uma obrigação positiva ou negativa para resguardar seu respectivo exercício. Entretanto, um elemento muito sensível desse tipo de intimação é seu caráter subsidiário. O artigo 108º do CPTA, que trata de seus pressupostos, prevê na parte final de seu n.º 1 que essa medida pode ser tomada quando não seja *possível* ou *suficiente* o decretamento de uma providência cautelar. Ou seja, sendo cabível o requerimento de providência cautelar, a intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias não pode ser utilizada

⁶¹ O requerimento administrativo pode ser endereçado para qualquer autoridade pública competente, sendo passível de Intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, quando o requerido seja pessoa coletiva de direito público, o ministério ou a secretaria regional cujos órgãos sejam competentes para facultar a informação ou a consulta, ou passar a certidão, sendo esse um dos pressupostos presente no artigo 105º, do CPTA.

como meio processual, o que constitui um caráter subsidiário de seu âmbito de aplicação.

Cumpridos os pressupostos do artigo 108º, do CPTA, o processo é concluso com a maior urgência para despacho liminar do juízo competente no prazo de 48 horas, sendo expedida citação para a contraparte responder no prazo de sete dias. Um elemento importante a ser exposto presente no artigo 110º, nº. 2, diz respeito ao caráter bivalente da norma: primeiramente o poder discricionário conferido ao juízo competente e, paralelamente, a flexibilização dos prazos. O poder discricionário conferido pela norma garante ao juízo competente a possibilidade de determinar que a tramitação processual siga a marcha pertencente às ações administrativas não-urgentes (capítulo III do título II), desde que observada a necessidade de configuração da complexidade da matéria do caso submetido à apreciação e julgamento. Quanto à flexibilização dos prazos, por sua vez, a norma determina sua redução pela metade, mas o prazo paradigma é aquele que consta na marcha processual que a norma remete, qual seja o do capítulo III do título II.

A ocorrência dessa flexibilização dos prazos, por sua vez, visa transformar a intimação para prestação de direitos, liberdades e garantias que possua certa complexidade em seu objeto, em uma ação administrativa *suis generis*, porque não se qualifica como não-urgente, tendo em vista a sua necessidade de celeridade, também não se qualifica como ação administrativa urgente (porém, é um processo urgente), uma vez que possui um processamento distinto daquelas previstas no CPTA, mas também não é uma intimação como a si mesmo em sua forma original porque passa a se observar as três fases da ação administrativa não-urgente (fase dos articulados, fase de saneamento, instrução e alegações, e, fase de julgamento).

Ao poder decisório do juízo competente, o nº. 3 do artigo 110º possibilita ainda que, em situações de especial urgência, seja reduzido o prazo de sete dias de resposta do requerido, bem como seja promovida sua audiência e, ainda, seja realizada uma audiência oral no prazo de 48 horas que, em seu termo, seja proferida decisão de imediato.

A fungibilidade desse tipo de processo com a providência cautelar é muito sensível e de necessária atenção. Isso se dá porque, caso seja requerida a tutela jurisdicional efetiva por meio de intimação quando o correto seria a utilização da

providência cautelar, o juízo competente pode determinar a intimação do autor para alterá-la, ou ainda, existindo um caso de especial emergência, reconhecer o requerimento e proferir decisão a decretar provisoriamente a providência cautelar, havendo fungibilidade do instrumento processual utilizado. Entretanto, essa providência é provisória, devendo ainda o autor alterar a forma processual escolhida no requerimento, qual seja de intimação para prestação de direitos, liberdades e garantias para providência cautelar.

A decisão a ser proferida pelo juízo deve ser feita em no máximo cinco dias a contar da realização das diligências, desde que seja resguardado o efeito útil da decisão, de maneira a não ocorrer risco do perecimento do direito tutelado. Assim como na intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, a decisão autoexecutiva, sendo passível ainda a responsabilização civil, disciplinar e criminal da autoridade competente, tal como a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias.

2.4. Síntese

Feita a análise legal dos instrumentos processuais disponíveis na jurisdição autónoma administrativa, resta claro que o ordenamento jurídico português prevê legalmente meios de reação à ilegalidade de atos administrativos praticados pelas variadas entidades administrativas pertencentes à Administração Pública lusitana. O método de adoção visa repartir a âmbito de aplicação das espécies processuais em acordo com a tutela jurisdicional que se busca, bem como sua urgência. Verifica-se avanços com o Decreto-Lei nº. 214-G/2015, de 02 de outubro, que instituiu a Reforma na Justiça Administrativa, sobretudo protagonizado pela grande alteração do Código de Processo dos Tribunais Administrativos. Entretanto, as críticas feitas são contundentes e relevantes, razão pela qual o debate faz-se presente de maneira a visar, claro, o aperfeiçoamento do sistema judiciário português.

Essa repartição dos meios processuais resta configurado no texto legal do CPTA pelas ações administrativas, urgentes e não-urgentes, e pelas intimações⁶². A

⁶² Cabe citar ainda a existência das providências cautelares, que não fora objeto de análise pela presente dissertação pela simplicidade do procedimento, bem como ser similar a outras esferas judiciais, ressalvadas as especificidades presentes no CPTA.

ação administrativa não-urgente tem um âmbito de aplicação, bem como objetos, mais amplos e exaustivos no texto, além de possuir três fases processuais que visam resguardar a ampla observância ao direito do contraditório na fase dos articulados e a possibilidade de alegações em diversos atos processuais ora enumerados. A ação administrativa não-urgente, por sua vez, tem maior taxatividade no seu âmbito de aplicação, ocorrendo maior especificidade e categorização dos meios processuais de reação pelos pressupostos que se verificam, tal como há mais preocupação com a celeridade do processo em detrimento do direito ao contraditório. Essa preocupação com a celeridade também ocorre nas intimações, sendo essas também processos urgentes, mas não categorizados como ações administrativas propriamente, a considerar a marcha processual adotada.

Conclusões

Como se verifica pelo que fora abordado no presente trabalho, Portugal possui em seu ordenamento jurídico previsões legais que garantem aos indivíduos a reagirem judicialmente contra atos ilegais perpetrados pela entidades administrativas pertencentes à Administração Pública portuguesa, sobretudo na jurisdição autónoma administrativa, sendo esta competente para tal. Entretanto, há de se enfatizar que o direito fundamental enquanto bem jurídico necessita ter de instrumentos processuais específicos para sua proteção, vez que esses instrumentos não podem ser objeto de grande discricionariedade por meio de interpretação e subjetividade por parte do juízo a processar e julgar a ação em causa.

O Brasil, por sua vez, vem dispor de remédios constitucionais em seu ordenamento como uma resposta jurídica a uma questão social e política histórica do país. Como se disse, o histórico constitucional brasileiro se dá por atropelos e golpes de Estado que se sucedem, instalando e depondo regimes autoritários por meio da força. Os quase trinta e sete anos de democracia que o país vive hoje, período democrático sem interrupções mais longo da história, muito se deve aos mecanismos de freios e contrapesos exercidos pelas instituições da República, tal como os meios de reação aos arbítrios e ilegalidades cometidos pela administração pública, o que se inclui o direito autónomo de ação na tutela judicial de direitos

fundamentais, protagonizado pelos remédios constitucionais.

Outra característica que torna o mandado de segurança ainda mais necessário na ordem jurídica brasileira é a morosidade da tramitação dos processos como um todo, mas sobretudo na jurisdição comum. Com isso, a existência desse remédio constitucional faculta ao administrado reagir por um meio específico de proteção contra qualquer arbítrio ou ilegalidade, de natureza pública, que viole seu direito fundamental, sendo a tutela jurisdicional efetiva buscada a ser concedida com celeridade e sem risco de perecimento do direito.

Entretanto, apesar de Portugal não possuir o direito autónomo de ação nesse tipo de tutela, os instrumentos processuais disponíveis se demonstram suficientes para que a tutela jurisdicional administrativa se demonstre efetiva na proteção desses direitos. Assim como no Brasil, há críticas a serem feitas aos mecanismos portugueses de proteção para que se busque, sempre, o aperfeiçoamento deste. Como se demonstrou, a morosidade da jurisdição administrativa quando em comparação à jurisdição ordinária é um grande obstáculo a ser observado e retirado. Ainda que o CPTA preveja em seu texto legal meios processuais com tramitações urgentes, seja pela ação administrativa urgente, seja pela intimação para prestação de liberdades e garantias, ou, ainda, pela intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, por regra, as fases processuais da marcha processual da ação administrativa são lentas, com diversos atos processuais, sobretudo no que concerne a fase dos articulados, e, ainda que haja observância ao direito ao contraditório, essa observância vai de encontro à lógica processualística civil firmada pelo CPC de 2013, assim como causa prejuízo da celeridade e da economia processuais no todo do processo. Isso demonstra que a jurisdição autónoma administrativa possui uma preocupação maior com a observância do contraditório do que propriamente a celeridade.

As intimações previstas no CPTA, por sua vez, possuem certa semelhança ao que se busca tutelar por meio do mandado de segurança e o *habeas data*. Entretanto, o rito sumário que se utiliza em sua tramitação não as torna meios específicos de tutela judicial para proteção de direitos fundamentais como se ocorre no caso brasileiro, contribuindo para a inexistência do direito autónomo de ação nessa seara no ordenamento jurídico português.

Outro fator que dificulta a investigação e a equivalência de meios processuais entre os países é a organização administrativa dos sistemas judiciários português e brasileiro. O Brasil, especialmente por ser um Estado federado, possui uma unidade de jurisdição que organiza o sistema judiciário de maneira unitária. Ainda que haja no sistema a divisão em justiças especializadas, todas elas pertencem a um mesmo núcleo do Poder Judiciário. Em Portugal, em contrapartida e tendo em vista sua forma unitária de Estado, há a prevalência de um sistema de dualidade de jurisdições, de maneira a atender que a competência material da jurisdição autónoma administrativa portuguesa seja distinta daquela que se verifica na jurisdição ordinária, positivando no direito interno a inspiração do modelo de organização francês.

O *transplante jurídico* do mandado de segurança do ordenamento jurídico brasileiro para o ordenamento jurídico português, antes de se verificar sua necessidade, tem de ser verificada a viabilidade de fazê-lo. Segundo Alan Watson⁶³, a relação estreita entre Direito e sociedade é uma falácia e que o transplante de normas jurídicas é socialmente fácil. Entretanto, qual seria a eficácia e a efetividade de um transplante jurídico do mandado de segurança para o ordenamento jurídico português? Como dito, a ordem jurídica portuguesa já possui meios processuais suficientes para a reação a ilegalidades, porém mostra-se relevante a existência de um instrumento específico para tutela judicial de direito fundamental, que pode não ser o mandado de segurança.

Sendo, então, suficientes os meios processuais disponíveis em Portugal, o transplante jurídico do mandado de segurança mostra-se desnecessário. Entretanto, desnecessário não se entende por descabido. O mandado de segurança, em sede de legislação comparada, deve ser utilizado como um elemento comparativo para que se busque maior semelhança entre os meios processuais urgentes disponíveis na jurisdição autónoma administrativa, de maneira a manter a urgência e celeridade processuais e diminuir a discricionariedade do juízo sobre a forma processual a adotar para a ação em questão. Ou, ainda, com as necessárias adaptações do *remédio constitucional* ao modelo de pluralidade de jurisdição, sua positivação no ordenamento jurídico português como mais um meio processual alternativo para

⁶³ WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Literature*. 2nd. ed. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1993. p. 95

reagir a ilegalidades é apropriada, desde que essas adaptações tenham o seu âmbito, seus pressupostos e sua marcha processual em conformidade com todas as especificidades processuais e de organização da jurisdição autónoma administrativa.

Legislação

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 7.347/2015, de 24 de julho de 1985

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 4.717/1965, de 29 de junho de 1965.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 9.507/1997, de 12 de novembro de 1997.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 12.016/2009, de 7 de agosto de 2009.

PORTUGAL. Assembleia da República. Código de Procedimento Administrativo [CPA], **Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.**

PORTUGAL. Assembleia da República. Código de Processo Civil [CPC], Lei n.º 41/2013, de 26 de junho

PORTUGAL. Assembleia da República Código de Processo dos Tribunais Administrativos [CPTA], **DL n.º 4/2015, de 07 de Janeiro**

PORTUGAL. Assembleia da República. Constituição da República Portuguesa [CRP], 1976.

PORTUGAL. Assembleia da República. **DL n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal. Súmula 675. Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança. Sessão Plenária de 24/09/2003. DJ de 09/10/2003, p. 1; DJ de 10/10/2003, p. 1; DJ de 13/10/2003, p. 1.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Mário Aroso de. Manual de processo administrativo. – 6ª ed. – (Manuais universitários) ISBN 978-989-40-0306-9.

_____, *Sobre as accoes de condenacao a pratica de actos administrativos* (p. 99 – 134). In Revista Temas e Problemas de Processo Administrativo. 2ª Edição Revista e Atualizada. Set/2011. Lisboa

AMARAL, Diogo Freitas do e ALMEIDA, Mário de Aroso (2002), *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, Ed. Almedina, Coimbra.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. Mandado de Segurança. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

BARROSO, Luís Roberto, *Cuso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo, 2019.

_____, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, 2012.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2018.

_____, "Consttucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos", *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, org. Jorge Miranda, Coimbra, 1996.

BUENO, Cássio Scarpinella . *A nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra, 1982.

_____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003.

_____, *Constituição Anotada*, vol. I (2007) e vol. II (2010), Coimbra.

_____, *Direito Constitucional e teoria da constituição – 7ª ed. 18 reimp. ISBN 978-972-40-2106-5*.

_____/ MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

- CARREIRA ALVIM, J. E. *Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.
- CARVALHO, Ana Celeste. O regime processual da nova ação administrativa: aproximações e distanciamentos ao Código de Processo Civil. In *Justiça Administrativa* n.º. 113. Setembro/Outubro 2015. Lisboa.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho*. – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015.
- CAVALCANTE, Pedro Alencar Vasconcelos Nogueira. *Habeas Corpus em Portugal: Uma Análise À Única Garantia Específica Extraordinária Constitucionalmente Prevista Para a Defesa de Direitos Fundamentais*. 67 f. (Dissertação de Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito) – Coimbra, 2018.
- CORREIA, Jorge Alves, *Direito Público Luso e Brasileiro: um exercício de direito constitucional comparado*, 2ª. ed., Coimbra, 2019.
- CORREIA, Jorge Alves/MARTINS, Licínio Lopes. *Justiça Administrativa*, Coimbra, 2019.
- CURA, A. Vieira, *Organização Judiciária Portuguesa*, Coimbra, 2018.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Habeas Data no Sistema Jurídico Brasileiro*. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília. P. 239 – 253; Jun.2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, SP, 2018.
- FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes/WALD, Arnoldo/MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*, ed. 36, São Paulo, 2013.
- _____, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo, Editora Malheiros
- MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, 2014.

- MENDES, Gilmar Ferreira/BRANCO, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, SP, 2019.
- MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, Tomos I (1 e 2) e II, Coimbra, 2014.
- _____, *Sobre o Direito Constitucional Comparado*, Direito e Justiça, 1988.
- _____, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2017.
- OTERO, Paulo, *Direito Constitucional Português*, vols. I e II, Coimbra, 2010.
- PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998; 4ª ed., 2002.
- PIOVESAN, Flávia, "Constituição e Transformação Social: A Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas e a Concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais", *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº. 37 (1992)
- PIRES, Gudesteu. Avulso da Câmara dos Deputados, n. 148, p. 43, apud CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Mandado de Segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMBER, Ronaldo. *Mandado de segurança. Comentários à Lei 12.106/2009*. São Paulo: Método, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2015 e *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, SP, 2012.
- SILVA, Gabriel Mattos da. *Francisco Campos e o Estado Demoautoritário: uma análise sobre a construção doutrinária do Estado Novo*. 2021. 103 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.
- SILVA, José Afonso da, *Um pouco Direito Constitucional Comparado*, Malheiros, São Paulo, 2009.
- _____, *O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional)*, SP, 2011.
- _____, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.

SILVA, Luiz Felipe da Mata Machado. *Mandado de injunção 27 anos: história e memória*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 40, n. 1, p. 201 - 218, jan./jun., 2015

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Lei do Mandado de Segurança comentada: artigo por artigo*. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Literature*. 2nd. ed. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1993.