

# CJA 115

Janeiro  
Fevereiro  
2016

## CADERNOS DE JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

### Artigos

**03 | La experiencia del funcionamiento del recurso administrativo especial y de los tribunales administrativos de contratación pública en España**  
*José María Gimeno Feliu*

**16 | A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos**  
*Rodrigo Esteves de Oliveira*

### Anotações

**27 | O acesso a documentos administrativos: nominativos? – Ac. do STA de 24.1.2012, P. 668/11, anotado por**  
*Raquel Carvalho*

**40 | Espreitar pelo buraco do Orçamento – acesso à informação administrativa quanto a estudos de preparação orçamental? – Ac. do STA de 10.9.2014, P. 410/14, anotado por**  
*Tiago Antunes*

**55 | Informação de Jurisprudência  
Novembro/Dezembro de 2015**  
*Carlos Cadilha*  
*Esperança Mealha*  
*Pedro Machete*  
*Rui Belfo Pereira*  
*Vítor Gomes*

# A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos (\*) (\*\*)

## 1. Considerações sumárias sobre a evolução entre 1985 e 2015

A evolução da tutela cautelar no quadro dos procedimentos de direito público de formação de contratos tem sido significativa nestes últimos 30 anos.

Assim, entre 1985 e 1998, durante a vigência da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovada pelo DL n.º 267/85, de 16/7), a tutela cautelar na contratação pública era:

(i) *indiferenciada*, no sentido de que não gozava de qualquer regime especial, regendo-se pela disciplina comum;

(ii) praticamente restrita à *suspensão da eficácia do acto* (normalmente, do acto de adjudicação);

(iii) alheia ao critério da *aparência de bom direito*;

(iv) logo, dependente apenas de requisitos respeitantes ao *periculum in mora*;

(v) requisitos, estes, que, por um lado, eram formulados em *termos absolutos*, é dizer, sem lugar a uma ideia de ponderação de interesses, e em *termos cumulativos*, pelo que a falta de verificação do requisito positivo (do lado do requerente da providência cautelar) ou a verificação do requisito negativo (do lado do requerido) implicava a denegação da providência;

(vi) e, por outro lado, assentavam na dicotomia interesse particular (do requerente) / interesse público (da entidade requerida), sem lugar a uma avaliação autónoma do interesse do contrainteressado (ou seja, do adjudicatário).

Era isto, sumariamente, o que resultava do art. 76.º dessa lei, onde se estabelecia que a “suspensão da eficácia do acto recorrido é concedida pelo tribunal quando se verificarem os seguintes requisitos: a) A execução do acto cause provavelmente prejuízo de difícil reparação para o requerente ou para os interesses que este defenda ou venha a defender no recurso; b) A suspensão não determine grave lesão do interesse público” (¹).

Só em 1998, por pressão do direito da União Europeia, surgiu o DL n.º 134/98, de 15/5, relativo à tutela jurisdicional em matéria de formação dos contratos de empreitada de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens (art. 1.º), que introduziu uma verdadeira alteração de paradigma.

Assim, no art. 2.º, n.º 2, desse diploma previa-se que podiam ser “requeridas medidas provisórias destinadas a corrigir a ilegalidade ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, incluindo medidas destinadas a suspender o procedimento de formação do contrato”, dispondo-se depois no art. 5.º, n.º 4, que as medidas provisórias não seriam “decretadas se o tribunal, em juízo de probabilidade, ponderados os direitos ou interesses susceptíveis de serem lesados, [concluísse] que as consequências negativas para o interesse público excedem o proveito a obter pelo requerente”.

A tutela cautelar da contratação pública passou, assim, a ter as seguintes características:

(\*) Por vontade expressa do Autor o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

(\*\*) Agradeço muito ao meu colega Marco Caldeira a preciosa ajuda na elaboração deste artigo.

(¹) Havia ainda um terceiro requisito, relacionado com a regularidade da instância, constante da alínea c) do citado preceito (“do processo não resultem fortes indícios da ilegalidade da interposição do recurso” contencioso).

(i) era *relativamente diferenciada*, havendo um regime especial para as chamadas “compras públicas” (empregada de obras públicas, prestação de serviços e fornecimento de bens), seguindo os demais procedimentos de formação de contratos o regime comum (ou seja, o da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos);

(ii) era potencialmente aberta a qualquer medida provisória ou cautelar, abrangendo providências conservatórias e antecipatórias;

(iii) continuava dependente apenas de requisitos respeitantes ao *periculum in mora*;

(iv) requisitos, estes, que, por um lado, passaram a ser formulados em *termos relativos*, dando lugar a um juízo de ponderação de interesses;

(v) mas que, por outro lado, continuavam a assentar na dicotomia interesse particular (do requerido) / interesse público (da entidade requerida), sem lugar a uma avaliação autónoma do interesse do contrainteressado (ou seja, do adjudicatário) <sup>(2)</sup>.

Com a entrada em vigor do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), os procedimentos de formação de contratos passaram a dispor de uma tutela cautelar totalmente *diferenciada*, no sentido de que o regime constante do seu art. 132.º era aplicável a todos eles – independentemente da natureza e espécie ou tipo de contrato (embora só valesse quando no processo principal estivesse em causa “a anulação ou declaração de nulidade ou inexistência jurídica de actos administrativos relativos à formação de contratos”) –, tutela, essa, centrada na *ponderação de danos ou interesses*, mas agora aberta também à *ponderação dos interesses do adjudicatário* (ou contrainteressado) <sup>(3)</sup>, além de contemplar qualquer providência “destinada a corrigir a ilegalidade ou a impedir que sejam causados outros danos aos inte-

<sup>(2)</sup> Sobre o regime do DL n.º 134/98, ver PEDRO COSTA GONÇALVES, «Apreciação do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, que estabelece o regime jurídico da impugnação contenciosa dos actos administrativos relativos à formação de certos “contratos públicos”», *Revista da Universidade Lusíada*, n.º 1, Porto, 1998.

<sup>(3)</sup> Aberta à ponderação desses interesses no quadro da decisão do processo cautelar, note-se, mas não no quadro da “suspensão provisória” ou da resolução fundamentada prevista no art. 128.º (para quem entendesse que tal preceito era aplicável à tutela cautelar nos procedimentos de formação de contratos).

resses em presença, incluindo a suspensão do procedimento de formação do contrato”.

Mais tarde, com a Lei n.º 4-A/2003, de 19/2, a tutela cautelar nos procedimentos de direito público de formação de contratos passou a ponderar, pela primeira vez no nosso sistema, o critério da aparência do bom direito, que no caso era mais do que isso, uma espécie de *critério da evidência do bom direito*, que, a título excepcional, poderia afastar o critério da ponderação de interesses (ver, à data, nova versão introduzida no art. 132.º, n.º 6, primeira parte).

E tudo assim se manteve até à recente reforma de 2015, introduzida pelo DL n.º 214-G/2015, de 2/10.

## 2. As principais novidades da reforma de 2015

As alterações de 2015 à tutela “provisória” no contexto de procedimentos de direito público de formação de contratos foram relevantes e significativas, só encontrando paralelo na mudança de paradigma a que assistimos em 1998.

Tais alterações devem-se, naturalmente, a juízos político-legislativos das instâncias legislativas nacionais, mas a mais significativa resulta, como em 1998, da necessidade de transposição das chamadas Directivas Recursos (ver, por último, a Directiva 2007/66/CE, de 11/12/2007). É o próprio legislador que confirma isso, afirmando-se no preâmbulo do DL n.º 214-G/2015, a propósito do contencioso pré-contratual, que “o aspeto mais relevante reside [...] no novo artigo 103.º-A, que, no propósito de proceder finalmente à transposição das Directivas Recursos, associa um efeito suspensivo automático à impugnação dos atos de adjudicação e introduz um regime inovador de adoção de medidas provisórias no âmbito do próprio processo do contencioso pré-contratual”.

Assim, há que distinguir agora novamente entre tipos ou espécies de contratos: de um lado, aqueles que são objecto especial do direito derivado da União Europeia (das Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas de 26/2/2014), a saber, as encomendas públicas (aquisição de bens, aquisição de serviços e empreitas de obras públicas) e as concessões administrativas de obras e serviços públicos – que constituem uma espécie de *big five* da contratação pública –, do outro, os demais contratos. Os primeiros podem

ser designados como “contratos do catálogo”, os segundos, como “contratos fora do catálogo” (4).

Relativamente aos procedimentos de formação de “contratos do catálogo”, a tutela provisória ou “cautelar” (5) desenvolve-se no contexto de um incidente, que corre termos no próprio processo principal (o contencioso pré-contratual), não havendo portanto um processo cautelar, mas momentos de natureza provisória ou “cautelar” enxertados no processo declarativo. Sobre esta tutela dispõem os arts. 103.º-A e 103.º-B do CPTA (6). Sobre a tutela cautelar, agora propriamente dita, nos procedimentos de formação de “contratos fora do catálogo” dispõe o seu art. 132.º.

Por outro lado, e dentro dos procedimentos de formação de “contratos do catálogo”, há também que distinguir entre a impugnação de actos de adjudicação e a impugnação de outros actos ou a formulação de outros pedidos. Assim, a tutela provisória nos processos de contencioso pré-contratual que não tenham por objecto a impugnação da adjudicação está regulada no art. 103.º-B; nos processos que tenham por objecto a impugnação de actos desses manda o art. 103.º-A.

### 3. A tutela provisória na impugnação de adjudicações administrativas

#### 3.1. O efeito legal suspensivo

É justamente ao regime da tutela provisória associada à impugnação do acto de adjudicação que dedicamos as linhas subsequentes.

(4) Considerando a atenção que tem merecido por parte da União Europeia, sobretudo em documentos de *soft law*, e à sua própria inclusão no art. 16.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos (CCP), um contrato que poderia eventualmente pertencer ao “catálogo” seria o contrato de sociedade (ou de parceria público-privada institucionalizada).

(5) As aspas justificam-se porque, como veremos, agora já não há um processo cautelar ou providências cautelares, mas uma medida *ope legis* de natureza provisória (no art. 103.º-A) ou o decretamento de medidas provisórias no contexto do próprio processo declarativo (no art. 103.º-B).

(6) Ao contrário do que sucede com a adopção das medidas provisórias, que é expressamente considerada como um incidente (no art. 103.º-B), o legislador, no art. 103.º-A, não qualifica o pedido de levantamento do efeito suspensivo como tal, mas parece-nos que a natureza de um e outro são idênticas (também neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 2016, p. 389).

A novidade impressiona: agora, e de acordo com o art. 103.º-A, n.º 1, do CPTA, “a impugnação de atos de adjudicação no âmbito do contencioso pré-contratual urgente faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado” (7)/(8).

Além, portanto, da possibilidade expressa de o contencioso pré-contratual ter um efeito provisório contratual [suspensão da execução do contrato (9)/(10)] – não se limitando assim aos momentos pré-contratuais –, o referido preceito legal vem instituir ou determinar a produção *ope legis* de um efeito suspensivo associado à impugnação da adjudicação (11). Só desta, note-se, embora independentemente da forma por que venha trajada (em forma de lei, de regulamento ou, claro, de acto), excluindo-se do citado regime a impugnação de qualquer outro acto.

Em rigor, não será o facto da impugnação da adjudicação que provoca o efeito legal suspensivo, mas a

(7) Não se tratando de questão de relevo, temos dúvidas que se justifique falar em “contencioso pré-contratual urgente”, como faz o legislador tanto no preâmbulo como no citado preceito legal. O contencioso pré-contratual é o “nome” técnico com que foi cunhado um processo, sendo que ele é sempre urgente. Não há um contencioso pré-contratual não urgente no CPTA; o que há, sim, são litígios relativos aos procedimentos de formação de certos contratos (os “contratos fora do catálogo”) cuja tutela principal se faz através da acção administrativa, que é um processo normal ou não urgente.

(8) Esta “novidade” deverá ser também aplicável no âmbito das arbitragens pré-contratuais, nos termos do art. 180.º, n.º 3, do CPTA (ver, também neste sentido, MARCO CALDEIRA / TIAGO SEREÃO, “As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo português: entre a novidade e o risco de inefectividade”, *Arbitragem e Direito Público*, 2015, pp. 302, nota 38, e 322).

(9) Valendo em geral, a hipótese da suspensão da execução do contrato terá especial aplicação nos casos em que haja inexigibilidade ou dispensa de redução do contrato a escrito (ver art. 95.º do CCP).

(10) Como bem observa MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (*Manual de Processo Administrativo*, cit., p. 134), esta solução não é imposta pelas Directivas Recursos, sendo uma “opção autónoma do legislador nacional”. É uma novidade importante porque, no direito anterior, como demonstrou ANTÓNIO CADILHA [“Aplicabilidade e alcance do art. 128.º do CPTA no âmbito do contencioso pré-contratual”, *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 108, pp. 28 a 30], o mecanismo do art. 128.º do CPTA (mesmo para quem defendia a sua aplicação às providências pré-contratuais) não implicava a suspensão da execução do contrato (quando ele tivesse já sido celebrado à data da citação do requerimento cautelar à entidade demandada).

(11) Esta solução era já defendida por MARGARIDA OLAZABAL CABRAL em 2012 (“Processos urgentes principais – Em especial, o contencioso pré-contratual”, *CJA*, n.º 94, p. 43).

citação da entidade demandada (e do ou dos contrainteresados) (12); só nesse momento, tendo sido chamada para contestar e tendo tomado conhecimento oficial do processo de impugnação da adjudicação, ela fica constituída na obrigação legal de não dar sequência à adjudicação (a notificação que estivesse para ser feita, por exemplo, para a entrega dos documentos de habilitação, para a prestação de caução, para a confirmação de compromissos, etc., não deve sair dos serviços da entidade adjudicante; os prazos que estivessem eventualmente a correr na sequência de uma notificação dessas deixam de correr, etc.) (13)/(14).

No entanto, o que haja ocorrido até aí, é dizer, até à citação da entidade demandada ou do contrainteresado, deve ter-se como legitimamente feito, no sentido de que não está ou estava coberto pelo efeito suspensivo (se, até à data da citação, o adjudicatário já prestou a caução ou já entregou os documentos de habilitação, o procedimento suspende-se para diante, mas essas formalidades devem ter-se como cumpridas no caso de retoma futura do procedimento na sequência do levantamento do efeito suspensivo ou da decisão sobre a improcedência do processo principal). Aliás, até pode dar-se o caso – pouco provável, mas possível – de, à data da citação, já haver execução integral do contrato,

(12) Neste sentido, ver MARCO CALDEIRA, “A impugnação de actos no novo CPTA: âmbito, delimitação e pressupostos”, *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, 2016, p. 270, nota 80; e PEDRO MELO/MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, 2016, p. 497.

(13) Temos dúvidas sobre se tais prazos devem pura e simplesmente retomar quando haja levantamento do efeito suspensivo (ou decisão sobre a improcedência do processo principal) ou se devem iniciar-se do zero, digamos assim, eventualmente até com a renovação das notificações que se hajam feito. Embora a lógica da suspensão aponte em sentido diferente, preferimos, por razões de clareza e segurança, esta última solução.

(14) Não é inequívoca a sanção aplicável aos actos ou formalidades que sejam praticadas pela entidade demandada ou pelo adjudicatário (incluindo a própria celebração e execução do contrato) em inobservância desse efeito legal. No entanto, além da responsabilidade a que haja lugar, pode dizer-se que, se os efeitos da adjudicação estão suspensos, é como se não houvesse adjudicação, sendo tais actos e formalidades ilegais. Uma outra hipótese, que encontra paralelo no caso do art. 128.º, n.º 4, do CPTA, é considerar esses actos e formalidades cobertos pela determinação legal da ineficácia. Antecipando o problema, ANA GOUVEIA MARTINS, “Os processos urgentes no anteprojecto de revisão do CPTA”, *Julgar*, n.º 23, 2014, p. 188, sugeria, à luz do Anteprojecto de Revisão do CPTA, que houvesse aqui uma solução idêntica ao incidente de execução indevida, constante do tal art. 128.º, n.º 4, do CPTA.

hipótese em que a solução da lei (da suspensão da adjudicação ou do contrato) não funciona.

Como quer que seja, a impugnação da adjudicação determina *ope legis* a suspensão dos efeitos desse acto, não tendo e não devendo, portanto, o demandante fazer constar da sua petição inicial qualquer referência aos danos que resultariam da manutenção da eficácia da adjudicação. Se e quando for o caso, ele terá direito ao contraditório nos termos do n.º 3 do art. 103.º-A, como se verá melhor adiante (15).

### 3.2. A bondade da solução legal

A bondade da solução do efeito suspensivo automático poderia, em tese, ser controvertida. Em primeiro lugar, porque representa uma prevalência discutível dos interesses “cautelares” ou provisórios do demandante sobre os interesses do adjudicatário, embora deva reconhecer-se que, nestas questões, não há uma solução óptima ou sem “*collateral damages*”, mas apenas soluções melhores ou menos boas no contexto de um equilíbrio complexo entre interesses contrapostos; na generalidade dos casos, que é o mesmo que dizer em abstracto, pensamos que a solução da lei representa um equilíbrio possível, e portanto justo, dos interesses implicados na relação triangular constituída pela adjudicação, assim estejam os tribunais em condições de providenciar pela resolução atempada do incidente provisório e do próprio contencioso pré-contratual (16). É aí que estará o fiel da balança, é aí que quase tudo se decidirá, pelo que, mais uma vez, se pede aos juízes que vistam a capa de super-juízes.

Não querendo agora fazer referência à prevalência, igualmente discutível, dos interesses “provisórios” do demandante sobre os interesses da entidade demandada [que serão em princípio interesses públicos (17)],

(15) Em nossa opinião, o demandante não tem sequer de cuidar, na petição inicial, da questão relativa ao afastamento ou não do efeito anulatório, nos termos do art. 283.º, n.º 4, do CCP e do art. 102.º, n.º 7, do CPTA. Se o tribunal considerar que, no caso, pode justificar-se esse afastamento (*rectius*, que há razões para ponderar esse afastamento), ele deve ouvir as partes antes de decidir.

(16) Salientando também este aspecto, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, cit., p. 9.

(17) Dizemos em regra porque, como se sabe, há, em especial, no contexto dos organismos de direito público ou das entidades dos

deixaríamos, ainda assim, uma breve nota sobre este segmento da relação de contratação pública.

É que, sendo um acto contrário aos interesses da entidade adjudicante e tendo, portanto, implicações no contexto das relações entre o concorrente demandante e essa entidade, a suspensão da adjudicação era, justamente por isso, um pedido devidamente ponderado (comercialmente, digamos assim) pelo operador económico, que só o apresentava em tribunal quando considerasse que essa era a sua melhor opção. Quisesse portanto tutelar mais fortemente os interesses do concorrente demandante, o legislador, em vez de determinar a produção automática de um efeito suspensivo, poderia ter consagrado a seu favor um *direito potestativo* de requerer a dita suspensão na própria petição inicial, sem necessidade de fundamentação ou justificação, solução que seria porventura mais equilibrada e sempre teria a vantagem de colocar a “decisão” na matéria na disponibilidade de quem verdadeiramente sabe qual a tutela de que carece (ou a tutela que quer) ou não.

Mas nem isto é isento de dúvidas. Com efeito, tem-se entendido que nos procedimentos de contratação pública vão envolvidos interesses que em certo sentido transcendem os interesses das partes (entidade adjudicante e concorrentes), como o da transparência do “mercado da contratação pública” e o da estabilidade das relações contratuais nele constituídas, o que poderá de alguma forma justificar a suspensão *ope legis* da adjudicação.

Como quer que seja, e como dissemos logo no ponto 2 deste artigo, há que ter sempre em consideração, quando se analisa a bondade da solução legal em apreço, que ela pretende dar sequência a uma opção tomada já ao nível do direito da União Europeia.

Com efeito, a Directiva 2007/66/CE, já referida, estabelece no seu art. 2.º, n.º 3, que, “caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Esta-

---

sectores especiais, algumas entidades particulares sujeitas às regras da contratação pública, mas a quem não cabe, em rigor, a prossecução de um interesse público (num caso desses, a suspensão da adjudicação lesa os interesses de tais entidades, ou até o interesse geral da colectividade, mas não, por definição, o interesse público).

dos-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso” (18). Significa isto que, seja qual for a melhor solução *de iure condendo*, a suspensão automática da adjudicação constitui uma transposição do direito da União Europeia, não parecendo haver, neste domínio, margem de liberdade para inscrever no CPTA solução sensivelmente diversa da que hoje se encontra no art. 103.º-A (19).

### 3.3. O efeito legal suspensivo e as hipóteses de estado de necessidade ou urgência imperiosa de interesse público

Saber quais serão as consequências práticas da nova solução legal só o tempo o dirá, embora, como se referiu atrás, seja provável que tudo vá depender, em larga medida, da capacidade de os nossos tribunais darem (conseguirem dar) uma resposta atempada ao pedido de levantamento do efeito suspensivo (e, claro, ao próprio processo principal).

Como quer que seja, sabemos que, agora, as entidades adjudicantes não têm a possibilidade de proferirem uma resolução fundamentada para superar o efeito suspensivo automático, que só pode ser levantado por decisão judicial (nos termos do art. 103.º-A, n.º 4). Por outro lado, sendo verdade que o prazo de decisão é curto (10 dias após a pronúncia do demandante, nos termos do art. 103.º-A, n.º 3), também é certo que aos tribunais não pode pedir-se o que não esteja ao seu alcance dar, além de que a entidade demandada e os contrainteressados têm o seu prazo para requerer o levantamento do efeito suspensivo

---

(18) A versão portuguesa não é clara neste aspecto, pois o que faz sentido exigir, é que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão ou sobre o pedido de medidas provisórias ou sobre o pedido de recurso, alternativamente, portanto, e não sobre os dois pedidos, cumulativamente (assim, VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 2015, p. 224, nota 542).

(19) Mas havia outras hipóteses, como proibir apenas a celebração do contrato, permitindo, assim, que a entidade adjudicante, mesmo em caso de impugnação da adjudicação, pudesse ir avançando com o procedimento pós-adjudicatório (habilitação do adjudicatário, prestação da caução, aprovação da minuta do contrato).

(embora o legislador não diga que prazo é esse) e, por sua vez, o demandante, o seu prazo para responder a tal pedido. O que significa que, entre a citação e a decisão sobre o levantamento ou não do efeito suspensivo podem mediar, em cenários positivos (ou muito positivos), 3 a 4 semanas.

Assim sendo, pode colocar-se o problema de saber se a entidade adjudicante dispõe, em casos de necessidade administrativa ou de urgência imperiosa de interesse público, de um qualquer mecanismo que lhe permita a satisfação do interesse público em causa antes da referida decisão judicial.

Para quem entenda que não, com fundamento no facto de não haver na lei processual qualquer “válvula de escape”, a questão termina aí. Para quem entenda que, nesses casos excepcionais, deve procurar-se no espírito do sistema uma solução excepcional, falta saber qual possa ser ela, o que não é fácil, pois há muitas variáveis e combinações possíveis.

Por nós, quando haja um caso de necessidade administrativa ou de urgência objectivamente imperiosa de interesse público – que não possa aguardar pelo tempo normal de espera pela decisão sobre o levantamento ou não do efeito suspensivo –, a entidade adjudicante poderá, desde logo, ponderar a eventual prorrogação de um contrato que tenha com um co-contratante, o que lhe permitirá continuar a obter o bem de que realmente necessite até à decisão sobre o levantamento ou sobre o mérito da causa. Essa prorrogação poderá ser admitida com fundamento na “cláusula” das circunstâncias imprevisíveis.

No caso de não existir um contrato em curso, admitimos como possível que a entidade demandada lance mão do ajuste directo nos termos do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, ou seja, quando, “na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”. É, em nossa opinião, uma hipótese legítima, que se enquadra no espírito do sistema, não nos parecendo que as dúvidas que possam existir sobre a legalidade do procedimento de contratação pública, que terão justificado a impugnação da adjudicação, constituam uma

situação imputável (ou, ao menos, sempre imputável) à entidade adjudicante, no sentido com que esse conceito deve ser lido no contexto da contratação pública.

Esta solução<sup>(20)</sup> encontra, porém, uma objecção de tomo quando o recurso ao ajuste directo frustra o objecto da adjudicação impugnada, é dizer, quando a prestação contratada ao abrigo do ajuste directo implique a privação do efeito útil da adjudicação, tornando-se objectivamente desnecessário contratar a mesma prestação seja com o adjudicatário do procedimento posto em xeque no processo judicial, seja com outro operador que viesse a ocupar essa posição na sequência da decisão do processo judicial e da prática de um novo acto de adjudicação. Por outras palavras, a solução que se avançou acima só será equilibrada quando o bem que se adquire através do ajuste directo represente uma necessidade permanente da entidade demandada (de que ela carecerá sempre, renovadamente) e o contrato assim celebrado não frustrar os interesses do demandante e do contrainteressado, não já quando se trate de dar resposta a uma necessidade esporádica (segurança da população em caso de cheias, reparação de uma ponte que imprevisivelmente ameace ruir e não possa ser fechada ao trânsito, etc.), que, uma vez satisfeita, não se renova.

É que, como se disse, numa hipótese destas, admitir o recurso a um ajuste directo (a um terceiro) representa uma frustração objectiva dos interesses do demandante (se lhe vier a ser reconhecida razão no processo judicial, em termos que o alcançavam à posição de adjudicatário, o mais que poderá aspirar será a uma indemnização), dos interesses do demandado (se ao demandante não vier a ser reconhecida razão, não lhe resta outra pretensão senão a indemnizatória) e, sobretudo, dos interesses públicos que se pretendem tutelar com a suspensão automática da adjudicação.

O que significa, então, que, em tais casos, a única via possível poderá ser a inobservância ou desrespeito justificado do efeito suspensivo automático com fundamento em estado de necessidade (avanchando-se com o contrato com o adjudicatário), sendo,

<sup>(20)</sup> Como também a anterior, relacionada com a eventual prorrogação de um contrato ainda existente.

por outro lado, duvidoso que a entidade demandada possa adoptar a mesma via se houver um “mero” prejuízo grave para o interesse público, na medida em que o legislador terá, ele mesmo, ponderado a possibilidade da existência de um prejuízo desses e não o afastou do alcance do efeito suspensivo – tanto não o afastou que o previu como argumento invocável para o seu levantamento (ver art. 103.º-A, n.º 2). Trata-se, porém, de proposição que só perante a realidade dos factos e dos interesses em jogo poderá ter uma resposta satisfatória.

### 3.4. A cumulação de pedidos e a cumulação de medidas “provisórias”

Este ponto serve apenas para referir que, quando no processo se formularem vários pedidos, em cumulação (por exemplo, impugnação da adjudicação com condenação à prática da adjudicação a favor do demandante ou com impugnação de documento conformador do procedimento), é possível que também haja vários “incidentes provisórios”, um associado à adjudicação, que correrá termos segundo o regime do art. 103.º-A, e outro relativo ao outro pedido principal, que correrá termos segundo o regime do art. 103.º-B <sup>(21)</sup>.

### 3.5. O prazo para o pedido de levantamento do efeito suspensivo

De acordo com a lei, no caso de haver suspensão dos efeitos da adjudicação ou do contrato, “a enti-

---

<sup>(21)</sup> A articulação entre os dois preceitos pode suscitar algumas dúvidas. Por exemplo, PEDRO MELO/MARIA ATAÍDE CORDEIRO, em “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, *cit.*, p. 500, entendem que, no caso de impugnação, por exemplo, das peças do procedimento ou da decisão de qualificação (cuja tutela provisória segue o regime do art. 103.º-B), se, à data da adjudicação, ainda não houver decisão judicial, o demandante, em vez de impugnar autonomamente a adjudicação, pode requerer a ampliação do objecto do processo já em curso, de modo a abranger também, agora, a decisão de adjudicação (no mesmo sentido, embora a propósito do Projecto de Revisão do CPTA, ANTÓNIO CADILHA, “Contencioso Pré-Contratual”, *Julgaz*, n.º 23, 2014, p. 218).

Num caso destes, deve considerar-se que a notificação do requerimento de ampliação da instância aos demandados determina a produção do efeito suspensivo que estaria associado à impugnação da adjudicação.

dade demandada e os contrainteresados podem requerer ao juiz o levantamento do efeito suspensivo, alegando que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos” (art. 103.º-A, n.º 2), estabelecendo-se depois, no número subsequente, que, nesse caso, “o demandante dispõe do prazo de sete dias para responder, findo o que o juiz decide no prazo máximo de 10 dias, contado da data da última pronúncia apresentada ou do termo do prazo para a sua apresentação”.

Tirando o facto de não se perceber muito bem o que terá levado o legislador a incluir no n.º 3 a sua parte final (julgamos que ela se reporta ao termo inicial do prazo do demandante), a principal dúvida que se suscita é saber qual o prazo dentro do qual deve ser apresentado, pela entidade demandada e contrainteresados, o pedido de levantamento do efeito suspensivo. A nosso ver, são três as hipóteses:

(i) dentro do prazo de 20 dias, que é o prazo aplicável à contestação [art. 102.º, n.º 3, alínea a)];

(ii) dentro do prazo de 5 dias, que é o prazo supletivo do contencioso pré-contratual [art. 102.º, n.º 3, alínea c)];

(iii) sem dependência de prazo.

Quanto ao prazo de 20 dias, dir-se-ia não apenas que está posto para um acto de maior complexidade, como seria pouco justificável esse prazo mais longo para o pedido de levantamento em confronto com o prazo de 7 dias de que o demandante dispõe para se opor a ele e com o próprio prazo de 10 dias que o juiz tem para decidir. Além disso, como, em princípio, depois da apresentação da contestação ou contestações segue-se a decisão final do processo, se o pedido de levantamento só fosse apresentado com ela(s) o juiz ficaria nesse momento com duas decisões pendentes (a do levantamento ou não e a do mérito da causa). No entanto, a favor dos 20 dias joga o facto de, por vezes, não se justificar grandes urgências nos prazos das partes, sobretudo em momentos decisivos do processo, para depois se ter de aguardar bem mais do que o previsto na lei para as decisões dos tribunais (a quem não pode exigir-se o que a sua capacidade muitas vezes não alcança) e o facto de o “caso paralelo” da resolução fundamentada do art. 128.º do

CPTA, que pode ser proferida no prazo de 15 dias.

A terceira hipótese (sem dependência de prazo) tem a seu favor o silêncio do legislador (ou, se se preferir, para afastar o argumento do prazo supletivo, a eventual “regulamentação negativa” dada ao assunto no n.º 2 do art. 103.º-A), mas contra si o facto de a parte final do art. 103.º-A inculcar que algum prazo deve haver para o efeito e de, se não houvesse prazo, poder haver pronúncias da entidade demandada e dos contrainteressados em tempos diferentes, o que poderia obrigar o demandante a ter de se pronunciar duas vezes e o tribunal a ter de decidir duas vezes – solução que abre as portas a alguma desorganização e que se afigura pouco adequada a um processo urgente.

Quanto à hipótese dos 5 dias, tem a seu favor o facto de corresponder ao prazo supletivo do contencioso pré-contratual, mas, é bom dizê-lo, contra si, a circunstância de ser um prazo excessivamente curto para o efeito aqui em causa. Basta, por exemplo, um pequeno atraso dos serviços da entidade demandada no envio da citação recebida para o advogado, quando seja esse o caso, para poder inviabilizar a apresentação da pronúncia, ou de uma pronúncia diligentemente elaborada, o que, num assunto desta importância, não é um argumento menor (veja-se que, e se a citação tiver lugar numa 4.ª feira, estamos a falar de 3 dias úteis, num prazo que terminará na 2.ª feira subsequente). De resto, a resolução fundamentada do art. 128.º do CPTA, que configura um levantamento administrativo da suspensão provisória dos efeitos do acto administrativo, pode ser apresentada no prazo de 15 dias. É verdade que o demandante tem também um prazo curto (de qualquer forma, superior, de 7 dias), mas a sua posição no processo é bem diferente; na generalidade dos casos, ele consegue antecipar, de alguma forma, se haverá ou não pedido de levantamento e quais os seus fundamentos, o que lhe permite ir preparando a sua pronúncia. E mesmo quando não o faça, é notificado exclusivamente para esse efeito. Além de que, como se disse, nem sempre se justifica pôr grandes urgências nos prazos das partes em questões nucleares do processo.

Tudo ponderado, consideramos que a solução juridicamente mais equilibrada é a de reportar o termo final para o pedido de levantamento ao prazo para a

contestação, por ser aí que as partes devem tomar uma posição sobre as questões fundamentais do processo; assim, podem a entidade demandada e contrainteressado requerer o levantamento do efeito suspensivo antes da sua contestação, autonomamente, ou nela, simultaneamente, no tal prazo de 20 dias, mas não depois disso <sup>(22)</sup>.

Seja qual for a solução que venha a ser adoptada pela jurisprudência, e salvo se for a terceira (sem prazo), não deve afastar-se a possibilidade de a entidade demandada ou o contrainteressado apresentar esse pedido além do prazo quando ele se fundamente em circunstâncias supervenientes (ou em circunstâncias que só mais tarde resultaram numa situação de dano capaz de justificar o levantamento do efeito suspensivo).

### **3.6. Os interesses dos dois “pratos da balança” e o critério da decisão judicial sobre o levantamento do efeito suspensivo**

Como vimos atrás, no caso de haver suspensão dos efeitos da adjudicação ou do contrato, “a entidade demandada e os contrainteressados podem requerer ao juiz o levantamento do efeito suspensivo, alegando que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos, havendo lugar, na decisão, à aplicação do critério previsto no n.º 2 do artigo 120.º” (art. 103.º-A, n.º 2).

A ideia do legislador parece, portanto, como decorre da parte final do preceito, fazer depender a manutenção ou levantamento do efeito suspensivo de um juízo de ponderação de interesses ou, talvez mais correctamente, de um *juízo de ponderação de danos*, colocando-se num prato da balança os danos ou prejuízos causados com a manutenção do efeito suspensivo (normalmente, mas não necessariamente, correspondentes a danos causados aos interesses do lado da entidade

<sup>(22)</sup> Na doutrina, e salvo lapso nosso, só PEDRO MELO/MARIA ATAÍDE CORDEIRO se pronunciaram, defendendo, embora “por cautela”, o prazo de 5 dias, por ser o prazo supletivo do contencioso pré-contratual (“O regime do contencioso pré-contratual urgente”, *cit.*, p. 497, nota 41).

demandada e/ou do adjudicatário) e no outro os danos ou prejuízos causados com o levantamento do efeito suspensivo (normalmente, mas não necessariamente, correspondentes a danos causados à esfera de interesses do demandante), sendo que só deverá decidir-se neste último sentido, levantando-se o efeito suspensivo, quando aqueles primeiros (danos com a manutenção) forem superiores, no contexto global do caso concreto, aos segundos (danos com o levantamento).

Em caso de “empate”, digamos assim, o tribunal não deve levantar o efeito suspensivo. Além disso, há, com o novo regime legal, outras circunstâncias agravantes da posição da entidade demandada e do contrainteressado. É que não apenas o demandante oferece a sua pronúncia depois da ou das pronúncias daqueles, o que processualmente é uma vantagem, como a questão da prova, num incidente deste género, jogará muitas vezes um papel decisivo, e havendo a instituição legal de um efeito suspensivo isso significará que o ónus probatório impende sobre a entidade demandada e contrainteressado e, logo, que as dúvidas que o tribunal possa ter nessa matéria farão provavelmente pender o prato da balança a favor da manutenção do efeito suspensivo <sup>(23)</sup>.

Sendo tudo isto assim, temos dúvidas, em primeiro lugar, sobre a referência que consta do art. 103.º-A, n.º 2, a propósito do conteúdo do pedido de levantamento do efeito suspensivo, quando se afirma aí que a entidade demandada e contrainteressados podem alegar que “o diferimento da execução do ato [é] gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”. A questão que se coloca é saber se, no juízo de ponderação de interesses, o tribunal apenas pode ou deve atender a danos dessa valia ou gravidade do lado da entidade demandada ou dos contrainteressados, confrontando-os com os danos invocados pelo demandante, ou se, pelo contrário, do lado da entidade demandada e contrainteressados, são invocáveis quais-

<sup>(23)</sup> Note-se que, embora tais dúvidas não possam ser dissipadas porque em regra não há lugar a instrução, por nós, nada impede o tribunal, em casos contados e especiais, de recorrer a uma audiência pública para discussão da matéria de facto relativa à decisão sobre o levantamento ou manutenção do efeito suspensivo.

quer danos, mesmo os que não se subsumam nesses conceitos legais. Como bem observa VIEIRA DE ANDRADE, os conceitos utilizados pelo legislador “operam, em regra, como limites absolutos”, sendo duvidoso que isso seja «compatível com o “princípio da prevalência do interesse preponderante no caso concreto”» <sup>(24)</sup>.

Com efeito, numa pura lógica de ponderação de interesses, como a que está inscrita no art. 103.º-A, n.º 4, os demandados não teriam de provar a verificação dos “requisitos” do n.º 2, mas apenas que os danos que resultam da manutenção do efeito suspensivo (sejam eles quais forem) são superiores, em valor e peso, aos que resultam do seu levantamento. O diferimento da execução do acto poderia, portanto, não ser gravemente prejudicial para o interesse público, mas apenas prejudicial, e poderia também não ser gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos, mas apenas de consequências lesivas desproporcionadas, e ainda assim se justificar o levantamento, desde que, repete-se, fossem superiores aos danos invocados pelo demandante. Seria um sistema equilibrado.

No entanto, a ideia do legislador pode também ter sido a de replicar aqui uma solução próxima daquela que existe no art. 128.º do CPTA – em que também só se admite o levantamento administrativo da *proibição provisória de executar o acto administrativo*, mediante resolução fundamentada, quando o “diferimento da execução [seja] gravemente prejudicial para o interesse público” –, fazendo, portanto, com que apenas fossem considerados “candidatos positivos” à ponderação do n.º 4 do art. 103.º-A os danos que se subsumissem no seu n.º 2.

Admitimos que seja esta a única solução que compatibiliza a letra do n.º 2 com a letra do n.º 4, mas temos dúvidas se ela corresponde verdadeiramente à intenção do legislador.

Em segundo lugar, salvo se se tratar de um pequeno lapso, não se percebe muito bem a remissão que se faz no n.º 2 do art. 103.º-A para o n.º 2 do art. 120.º (critério da ponderação de interesses), quando do próprio art. 103.º-A consta o critério relevante

<sup>(24)</sup> VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, cit., p. 225.

para o efeito, a saber, no n.º 4, quando aí se estabelece (no contexto também de uma ponderação de interesses) que “o efeito suspensivo é levantado quando, ponderados os interesses suscetíveis de serem lesados, os danos que resultariam da manutenção do efeito suspensivo se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento”.

Em terceiro lugar, sendo seguro que não jogam aqui considerações sobre a “aparência do bom direito”, há dúvidas, que o legislador não tinha de esclarecer, sobre quais são as espécies de danos atendíveis do lado do demandante (que ele deve fazer constar da pronúncia referida no art. 103.º-A, n.º 3).

Dizemos isto porque, como se sabe, a jurisprudência tem entendido que, em regra, não relevam os danos do demandante associados à perda da possibilidade de ser o adjudicatário e à perda dos benefícios decorrentes da adjudicação e da celebração do contrato, por se tratar de danos invocáveis por qualquer concorrente e que se inserem na álea normal e ineliminável subjacente a qualquer procedimento concorrencial<sup>(25)</sup>. Valeria, portanto, aqui um *critério da especialidade dos prejuízos*, em termos tais que só seriam atendíveis os prejuízos extraordinários que não se reportem à mera investidura do demandante na posição de concorrente (*v. g.*, quando ele impugna o acto de sua exclusão) ou de adjudicatário (*v. g.*, quando impugna a adjudicação feita a favor de outrem e reclama dever ser ele o adjudicatário), como, por exemplo, a demonstração de que a não celebração do contrato poderá afectar gravemente a sua situação financeira ou conduzi-lo a um cenário de insolvência.

<sup>(25)</sup> Ver, neste sentido (ou em sentido muito aproximado), os acórdãos do TCA Sul de 12/11/2009, P. 4446/08; de 20/2/2014, P. 10684/13; de 6/3/2014, P. 10858/14; de 11/2/2010, P. 5531/09; de 10/1/2015, P. 12453/15 (“o prejuízo associado à impossibilidade de beneficiar dos efeitos decorrentes da adjudicação e da celebração do contrato, ou seja, em obter o respectivo lucro associado à relação jurídica contratual, em consequência da prática do acto de adjudicação a favor de outra concorrente, consistem em prejuízos que são naturais a todos os concorrentes que apresentaram proposta ao concurso, não sendo aptos a fazer pender em benefício da requerente o juízo de ponderação de interesses, previsto naquele n.º 6 do artigo 132.º do CPTA”); e de 30/4/2015, P. 12036/15 (“a perda de lucros cessantes é um dano inerente ao risco próprio da candidatura a qualquer concurso público, e, por princípio, irrelevante para a ponderação de interesses e danos prevista no n.º 6 do art. 132.º do CPTA”).

Além de nos parecer que essa jurisprudência desconsidera, em parte, o facto de a tutela cautelar (ou de natureza similar) se destinar a garantir o efeito útil da decisão a proferir no processo principal, efeito, esse, que, no contencioso de impugnação da adjudicação, estará normalmente associado à pretensão de o demandante vir a ser o adjudicatário e executar o correspondente contrato, com os benefícios inerentes, a verdade é que, no próprio art. 103.º-B, o legislador veio prever que as medidas provisórias se destinam “a prevenir o risco de, no momento em que a sentença venha a ser produzida, se ter constituído uma situação de facto consumado ou já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário”, estando, portanto, postas, mesmo elas, que não se relacionam com a impugnação da adjudicação, como uma espécie de garantia de adjudicabilidade do contrato ao demandante, ou seja, de garantia de uma possibilidade efectiva de a adjudicação poder ainda recair sobre a sua proposta — proposições e ideias que valem, por maioria de razão, quando esteja em causa a impugnação da adjudicação<sup>(26)</sup>.

De resto, a própria solução da suspensão automática dos efeitos da adjudicação representa, numa certa perspectiva, um argumento que joga contra a bondade da referida linha jurisprudencial<sup>(27)</sup>.

### 3.7. A admissibilidade de decretamento de outras medidas pelo juiz

Uma outra questão que pode colocar-se é a de saber se, quando seja chamado a decidir o pedido de levantamento do efeito suspensivo, o tribunal pode

<sup>(26)</sup> Criticando a solução da jurisprudência, ver PAULO PEREIRA GOUVEIA, “Meios cautelares hoje e amanhã”, *CJA*, n.º 94, pp. 88 e 89; e MARCO CALDEIRA, “As providências cautelares pré-contratuais no projecto de revisão do CPTA”, *E-Pública*, n.º 2, 2014, pp. 8 a 17.

<sup>(27)</sup> Note-se, porém, que sustentar a “elegibilidade” ou dever de consideração dos danos relacionados com a perda irreversível da qualidade de adjudicatário (e dos benefícios decorrentes da qualidade de cocontratante) não significa, naturalmente, que eles sobrelevem os danos (públicos e/ou privados) resultantes da suspensão da adjudicação. Isso depende sempre do juízo de ponderação que cabe ao tribunal fazer nos termos do art. 103.º-A, n.º 4.

decretar outras medidas ou providências ou se deve limitar-se a manter ou recusar tal efeito <sup>(28)</sup>.

A dúvida surge porque, se é verdade que o art. 120.º, n.º 2 (para que remete o art. 103.º-A, n.º 2), e também o art. 103.º-B, n.º 3 (a propósito das medidas provisórias), consagram essa possibilidade, o art. 103.º-A, n.º 4, que é a norma onde se estabelece o critério da decisão sobre o levantamento, nada prevê a esse respeito.

Por nós, deve responder-se afirmativamente à questão, seja porque há de facto uma remissão no art. 103.º-A para o art. 120.º, n.º 2 (e assim garantir-se-ia um significado útil a essa remissão), seja porque, numa lógica de ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade joga um papel importante e a admissibilidade do decretamento de outras medidas ou providências (ou mesmo de contra-medidas) está em sintonia com tal princípio, afastando-se assim a lógica binária do “tudo ou nada”, que não deixa espaço para ponderar soluções intermédias que permitam alcançar um equilíbrio (mais) satisfatório entre os vários interesses em confronto.

RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA

---

<sup>(28)</sup> VIEIRA DE ANDRADE suscita a mesma questão em *Justiça Administrativa*, cit., p. 225.