



# AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES PRÉ-CONTRATUAIS NO PROJECTO DE REVISÃO DO CPTA

THE NEW FRAMEWORK PROVIDED BY THE CPTA'S  
DRAFT REVISION REGARDING THE PRE-CONTRACTUAL  
INTERLOCUTORY INJUNCTIONS

Marco Caldeira\*\*

Número 2, 2014  
ISSN 2183-184x

E-PÚBLICA  
REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO

[www.e-publica.pt](http://www.e-publica.pt)

**Resumo:** O presente texto analisa as alterações propostas no projecto de revisão do CPTA no que se refere ao regime das providências cautelares pré-contratuais, em especial conjugando este regime com as alterações previstas em sede da acção principal de contencioso pré-contratual

**Abstract:** This article analyses the new framework provided by the draft revision of the CPTA (the Portuguese judicial law on disputes ruled by Administrative Courts) in regard to the pre-contractual interlocutory injunctions. This new framework is also confronted with the changes proposed by the draft revision on the main judicial procedure (the pre-contractual claim)

**Palavras-chave:** providências cautelares; litígios pré-contratuais; “Directivas recursos”; suspensão de eficácia; tutela jurisdicional efectiva

**Keywords:** interlocutory injunctions; pre-contractual disputes; the European “Remedies Directives”; suspension of effects; full judicial protection

1. Doze anos depois da aprovação do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“CPTA” ou “Código de Processo”)<sup>1</sup> e dez anos após a sua entrada em vigor<sup>2</sup>, eis que o legislador se propõe agora (de novo<sup>3</sup>) a rever este diploma. Em boa hora o faz: apesar de o CPTA já ter sofrido algumas alterações pontuais<sup>4</sup>, nesta altura revela-se sensato parar para fazer um balanço do que têm sido as virtudes e insuficiências deste regime processual e proceder à sua ponderação global, particularmente tendo em conta a aprovação, nestes últimos anos, de diversos regimes *substantivos* cuja tutela contenciosa é disciplinada pelo CPTA<sup>5</sup>.

Note-se, no entanto, que o nosso aplauso quanto à oportunidade da iniciativa está longe de significar, por um lado, qualquer menor consideração quanto ao regime em vigor – cuja aprovação representou um enorme avanço relativamente ao regime

---

O presente texto serviu de suporte à intervenção oral proferida na Conferência sobre a “*Reforma do Direito Processual Administrativo*”, promovido pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 9 de Maio de 2014. Tendo em conta a sua origem e o propósito para que foram escritas, aqui e ali estas linhas mantêm, propositadamente (espera-se que não descabidamente), alguns traços da oralidade.

Agradeço à Professora Doutora ALEXANDRA LEITÃO o convite para participar no Colóquio e para publicar este texto.

\*\* Advogado e Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa ([marco.caldeira@fd.ul.pt](mailto:marco.caldeira@fd.ul.pt)).

<sup>1</sup> Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

<sup>2</sup> Após um primeiro adiamento da data inicialmente prevista, o CPTA acabou por entrar em vigor em 01.01.2004.

<sup>3</sup> De referir que, nos termos do disposto no artigo 4.º da Lei n.º 15/2002, o CPTA deveria ser revisto no prazo de três anos após a sua entrada em vigor, “*devendo ser recolhidos os elementos úteis resultantes da sua aplicação, para introdução das alterações que se mostrem necessárias*”.

Neste sentido, em 2007 foi conhecido um primeiro anteprojecto de revisão, não tendo porém esta iniciativa chegado a concretizar-se na aprovação de uma alteração legislativa.

Três anos depois, em 2010, o artigo 128.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril (que aprovou a Lei do Orçamento de Estado para 2010), conferia ao Governo autorização legislativa para proceder à revisão do CPTA, mais concretamente no sentido de “*sentido de transpor integralmente para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2007/66/CE, do Parlamento Europeu*

*e do Conselho, de 11 de Dezembro, que altera as Directivas n.ºs 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro, e 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro, no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos*” (n.º 2). No entanto, também esta lei de autorização legislativa caducou, em virtude de no respectivo prazo de vigência (de 90 dias) não ter sido aprovado qualquer Decreto-Lei que procedesse à alteração autorizada.

<sup>4</sup> Cfr. a Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, e a Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

<sup>5</sup> Referimo-nos, em especial, à Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovada pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, e ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

processual anterior, constante da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos<sup>6</sup>, podendo sem receios afirmar-se que a elevadíssima qualidade técnica e o pendor garantístico e anti-formalista do CPTA colocaram Portugal, seguramente, nos lugares cimeiros da Europa no que se refere à protecção jurisdicional dos direitos e interesses dos administrados face à actuação (ou omissão) dos poderes públicos (*latu sensu*).

Por outro lado, muito menos o nosso aplauso poderá ser entendido como uma adesão acrítica ou a uma aprovação entusiasta das soluções plasmadas no anteprojecto de revisão legislativa que foi submetido à comunidade jurídica para discussão pública<sup>7</sup>. Bem pelo contrário: apesar do reconhecido prestígio e inquestionável mérito dos Ilustríssimos autores materiais deste projecto de revisão (que, naturalmente, não estão aqui minimamente em causa), somos da opinião de que o anteprojecto em causa padece de deficiências várias e que muito ganharia se várias das alterações agora propostas fossem repensadas antes da aprovação da versão final do diploma.

Na impossibilidade de levar a cabo nestas linhas uma apreciação geral das novidades do anteprojecto (tendo em conta as limitações de tempo e de espaço impostas), mesmo que apenas as respeitantes à tutela cautelar, a análise subsequente incidirá assim unicamente sobre o “novo” (?) regime das providências cautelares pré-contratuais, reguladas essencialmente pelo artigo 132.º do CPTA.

2. Destinando-se esta Conferência à discussão das vantagens e inconvenientes do anteprojecto de revisão do CPTA, numa primeira leitura a escolha deste objecto de análise poderá parecer surpreendente aos olhos do leitor mais desprevenido: é que, se há matéria que, pelo menos do ponto de vista formal, permanece praticamente inalterada neste processo de revisão, essa é justamente a matéria das providências cautelares pré-contratuais.

2.1. Com efeito, atentando na nova redacção proposta para o artigo 132.º do CPTA, verifica-se as diferenças entre o projecto de revisão e a versão ainda em vigor são apenas as seguintes:

- (i) Passa a dizer-se que as providências cautelares pré-contratuais podem ser adoptadas, genericamente, “*No âmbito de processos relativos à formação de*

---

<sup>6</sup> Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho.

<sup>7</sup> Disponível em [www.portugal.gov.pt](http://www.portugal.gov.pt).

contratos” (n.º 1), e não apenas “Quando esteja em causa a anulação ou declaração de nulidade ou inexistência jurídica de actos administrativos relativos à formação de contratos”;

- (ii) As providências requeridas destinam-se “a corrigir ilegalidades ou a impedir que sejam causados danos **irreversíveis**” (n.º 1, destaques nossos), e já não “a corrigir a ilegalidade [no singular] ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em presença”;
- (iii) As providências passam agora a incluir, não apenas “a suspensão do procedimento” de formação do contrato (versão actual) / pré-contratual (versão do projecto), mas também “a proibição da celebração ou da execução do contrato” (n.º 1)<sup>8</sup>;
- (iv) É eliminado o anterior n.º 2, que dispunha que, “Para os efeitos do disposto no número anterior, são equiparados a actos administrativos os actos praticados por sujeitos privados, no âmbito de procedimentos pré-contratuais de direito público”;
- (v) O novo n.º 2 reproduz parcialmente a redacção do actual n.º 3, dispondo que “Aos processos cautelares relativos a atos praticados no âmbito de procedimentos de formação de contratos, é aplicável o disposto no presente Título, com ressalva do disposto nos números seguintes”;

---

<sup>8</sup> Esta menção à proibição de execução do contrato já celebrado é importante, na medida em que esclarece que a celebração do contrato não priva de utilidade o processo cautelar pré-contratual. Recorde-se que, ao abrigo da redacção actual, alguma jurisprudência entende que não é aconselhável “a convocação dum processo administrativo cautelar pré-contratual num processo administrativo cautelar contratual”, pelo que, “Se, no âmbito do art. 132.º do CPTA, o contrato for entretanto celebrado, a instância cautelar perde utilidade jurídica”: cfr. o Acórdão do TCA Sul de 06.10.2011, processo n.º 07868/11, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). De notar que a doutrina entende que, apesar de o artigo 132.º, n.º 1 do CPTA apenas se referir à suspensão do procedimento pré-contratual, também a execução do contrato poderá ser suspensa: cfr. PEDRO DELGADO ALVES, “Um cavalo de Tróia no contencioso contratual: suspensão do contrato em sede de medidas provisórias do DL n.º 134/98, de 15/5”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 49, Janeiro/Fevereiro de 2005, *maxime* páginas 17 a 19, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, página 332, nota 922.

Em contraposição, já não é para nós tão claro se esta alteração terá relevância quanto ao entendimento jurisprudencial de que o artigo 128.º do CPTA apenas determina a suspensão dos efeitos de actos pré-contratuais e não de actos de execução do contrato, como foi decidido pelo Acórdão do TCA Norte de 28.02.2014, processo n.º 01271/13.8BEBRG, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e, subsequentemente, pelo Acórdão do STA de 03.10.2013, proferido em sede de recurso de revista (admitido em 23.05.2013), processo n.º 0829/13, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Recordem-se as palavras do STA: “A aplicação do art. 128.º do CPTA às providências cautelares de suspensão de eficácia dos actos administrativos surgidos na formação de um contrato apenas suspende a eficácia de actos administrativos, não se aplicando aos actos de execução do contrato”, os quais “serão declarados ineficazes (por força do art. 128.º do CPTA) apenas se o próprio contrato tenha sido celebrado na pendência da suspensão automática decorrente do n.º 1 do mesmo preceito legal, pois nessa situação é o próprio contrato que é celebrado através de uma declaração de vontade ineficaz”.

- (vi) O novo n.º 5, a propósito do critério de decretamento das providências cautelares pré-contratuais, reproduz quase integralmente a redacção do actual n.º 6, eliminando apenas a remissão (efectuada no início desta norma) para o artigo 120.º, n.º 1, alínea a), que o projecto de revisão se propõe revogar;
- (vii) Os n.ºs 4, 5 e 7 do actual 132.º do CPTA não sofrem alterações de redacção mas são renumerados, passando a ser, respectivamente, os novos n.ºs 3, 4 e 6.

2.2. O elenco acima apresentado permite, sem grande esforço, constatar que a *letra* do artigo 132.º do CPTA sofreu apenas modificações mínimas, pouco substanciais – o que, por conseguinte, parece autorizar a afirmação de que não se anunciam quaisquer *novidades* legislativas especificamente neste âmbito e que, como tal, a eleição das providências cautelares pré-contratuais como tema de estudo seria, simplesmente, sinónimo de “preguiça” ou, pelo menos (numa interpretação mais benevolente), de falta de atenção por parte do autor destas linhas.

Porém, afigura-se-nos que não é assim e que, sob a capa de uma aparente imutabilidade literal, na verdade o anteprojecto de revisão do CPTA traz mudanças significativas na tutela cautelar pré-contratual *globalmente considerada*, como se procurará demonstrar, o que justifica que lhe seja dedicada uma atenção especial.

Para este efeito, nas linhas subsequentes começar-se-á por enunciar a *magna questão* a que a tutela cautelar pré-contratual visa dar resposta (e que o legislador, neste projecto de revisão, não cuidou de resolver) para, seguidamente, se abordar os problemas que o mesmo projecto veio criar.

3. Como é sabido, a tutela cautelar tem uma função *instrumental*, na medida em que procura assegurar o efeito útil da sentença a proferir na acção principal<sup>9</sup> (da qual, por esse motivo, as providências cautelares se encontram dependentes<sup>10</sup>).

No entanto, pela sua própria especificidade, a tutela cautelar pré-contratual depara-se invariavelmente com um problema de muito difícil resolução – em termos muito sucintos, esse problema reside no facto de (a) o principal critério para o seu decretamento ser o da ponderação de danos, (b) cuja aplicação concreta se revela extremamente complexa.

Vejam, sinteticamente, os fundamentos destas duas afirmações.

---

<sup>9</sup> Cfr. artigo 112.º, n.º 1 do CPTA.

<sup>10</sup> Cfr. artigo 113.º, n.º 1 do CPTA.

3.1. Nos termos do disposto no actual n.º 6 do artigo 132.º do CPTA, verdadeira “trave-mestra” nesta matéria, “*Sem prejuízo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º, a concessão da providência depende do juízo de probabilidade do tribunal quanto a saber se, ponderados os interesses susceptíveis de serem lesados, os danos que resultariam da adopção da providência são superiores aos prejuízos que podem resultar da sua não adopção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adopção de outras providências*”.

Desta norma resulta assim que, apesar de o requisito do *fumus boni iuris* não ser totalmente afastado na tomada de decisão, o critério determinante no *iter* decisório a percorrer pelo Tribunal é a **ponderação dos interesses lesados** (ou, noutra formulação, **dos danos provocados a esses mesmos interesses**) em qualquer um dos cenários possíveis (de decretamento ou não decretamento das providências). Este aspecto constitui uma particularidade muito própria do regime das providências cautelares pré-contratuais, já que o regime geral da tutela cautelar confere uma maior relevância aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (*vide* os critérios plasmados no artigo 120.º, n.º 1 do CPTA) e aí a ponderação de danos apenas intervém em momento subsequente, como limite (obstáculo) à adopção das providências requeridas (cfr. artigo 120.º, n.º 2 do CPTA).

Tal permite à nossa jurisprudência administrativa afirmar que “*O artigo 132.º do CPTA prevê um regime jurídico específico para aquelas situações em que esteja em causa a adopção de providências cautelares destinadas a assegurar a utilidade dos processos de impugnação de actos administrativos praticados no âmbito de procedimentos relativos à formação de contratos [actos pré-contratuais]*”<sup>11</sup>, visto que “*A tutela cautelar administrativa pré-contratual (art. 132.º CPTA) tem **pedido, causa de pedir e critérios decisórios diferentes** da tutela cautelar administrativa contratual (art. 120.º CPTA)*”<sup>12</sup>. Assim, “*Sendo requerida uma providência cautelar relativa a procedimentos de formação de contratos, nos termos do disposto no art.º 132.º do CPTA, não tem aplicação o critério do periculum in mora, a que alude a alínea b), do n.º 1 do art.º 120.º do CPTA*”<sup>13</sup>, pelo que “*A concessão das providências cautelares nos termos do artigo 132.º, n.º 6 do CPTA*

---

<sup>11</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo (“TCA”) Norte de 11.12.2008, processo n.º 01038/08.5BEBRG, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (destaque nosso).

<sup>12</sup> Cfr. Acórdão do TCA Sul de 06.10.2011, processo n.º 07868/11, já acima citado (destaque nosso).

<sup>13</sup> Cfr. Acórdão do TCA Sul de 06.03.2014, processo n.º 10858/14, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (destaque nosso).

**depende, quase exclusivamente, da ponderação dos interesses em presença, em moldes sensivelmente idênticos aos delineados no artigo 120.º, n.º 2 daquele diploma**<sup>14</sup>. Nesta linha, “a ponderação de interesses e avaliação de prejuízos que, no quadro do artigo 120.º do CPTA, surge como cláusula de salvaguarda, adquire no quadro do n.º 6 do artigo 132.º o estatuto de **paradigma decisivo de julgamento**”<sup>15</sup>.

Ou seja, e em resumo, confrontando o elenco de critérios de decisão a ter em conta em sede de providências cautelares pré-contratuais face o que consta do regime geral, constata-se que o primeiro se afasta deste último em virtude de, naquele:

- (i) Não funcionarem os critérios referidos nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA;
- (ii) Os prejuízos a ponderar serem todos (mais ou menos graves);
- (iii) Ser aplicável, além da alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA, o princípio contido no respectivo n.º 2; e
- (iv) A procedência do processo cautelar depender desde logo de haver interesse em agir e de não ser manifesta a improcedência do processo principal<sup>16</sup>.

Como está bom de ver, a ponderação de interesses prevista no artigo 132.º, n.º 6 do CPTA é uma **questão de facto**<sup>17</sup>, o que implica para o requerente do processo cautelar pré-contratual o ónus de **alegação e prova** (mesmo que indiciária) dos danos que devem ser “pesados” pelo Tribunal<sup>18</sup>, de forma a influenciar a ponderação a seu favor,

---

<sup>14</sup> Cfr. Acórdão do TCA Sul de 07.07.2011, processo n.º 07637/11, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (destaque nosso). Já anteriormente no sentido de que “*A este tipo de providências [pré-contratuais] não é aplicável o disposto no art. 120.º, n.º 1 als. b) e c) do CPTA*”, cfr. o Acórdão do TCA Norte de 17.02.2005, processo n.º 00617/04.4BEPRT, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>15</sup> Cfr. Acórdão do TCA Norte de 11.12.2008, processo n.º 01038/08.5BEBRG já acima citado (destaque nosso). Em termos mais mitigados, considerando que “*No domínio cautelar da formação de contratos o art.º 132.º, n.º 6 do CPTA institui um regime específico, mas não a ponto de desconsiderar os requisitos do fumus boni iuris e periculum in mora e elevar o critério da ponderação dos interesses em presença como pressuposto único de decisão*”, cfr. os Acórdãos do TCA Sul de 11.03.2010, processo n.º 05678/09, e de 06.10.2010, processo n.º 05939/10, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>16</sup> Cfr. Acórdão do TCA Sul de 06.10.2011, processo n.º 07868/11, já acima citado.

<sup>17</sup> Neste preciso sentido, cfr. o Acórdão do TCA Sul de 29.06.2005, processo n.º 0608/05, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>18</sup> Nesta linha, decidiu o TCA Norte, no seu Acórdão de 17.02.2005, processo n.º 00617/04.4BEPRT, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que, “*Para que o tribunal possa fazer a ponderação de interesses públicos e privados em presença a que se refere o art. 132.º, n.º 6 do CPTA é essencial que o requerente da providência alegue e prove, ainda que indiciariamente, factos concretos que permitam tal ponderação*”.

não podendo o juiz substituir-se ao interessado no cumprimento deste ónus, apenas podendo, quando muito, suprir insuficiências no elenco de factos alegados com recurso aos factos de que o Tribunal tenha conhecimento, por serem notórios ou de conhecimento geral<sup>19</sup>.

3.1.1. Esta preponderância do critério da ponderação de interesses não só não foi afectada como, pelo contrário, parece inclusivamente ter sido *reforçada* pelo projecto de revisão, seja através da revogação da alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA, seja através da alteração introduzida na redacção do n.º 1 do artigo 132.º do mesmo Código. Quanto à primeira medida, afigura-se que não valerá a pena verter muitas lágrimas pela opção do legislador: como se reconhece no projecto de revisão, o artigo 120.º, n.º 1, alínea a) do CPTA vinha sendo objecto de muitas críticas doutrinárias<sup>20</sup> e, sobretudo, de uma “*aplicação jurisprudencial muito restritiva*”, a qual praticamente esvaziou a utilidade que a norma poderia eventualmente ter revestido. Em certo sentido, pode dizer-se que este preceito, de tão escassamente aplicado pelos nossos Tribunais, era já “letra morta”, sendo a sua revogação (agora preconizada) a mera passagem da respectiva “certidão de óbito”<sup>21</sup>.

Quanto à segunda medida, suscita-se a dúvida de saber se a alteração da redacção proposta para o n.º 1 do artigo 132.º do CPTA constitui uma mera “operação de

---

No mesmo sentido, afirmou mais recentemente o TCA Sul que “*A cabal ponderação de interesses a que alude a parte final do n.º 6 do artigo 132.º do CPTA exige a alegação (e prova) de factos concretos suficientes e passíveis de configurar prejuízos suficientemente sérios, que devam ser urgentemente (e provisoriamente) reparados, sob pena de se comprometer a utilidade da sentença final, ónus que impende sobre o Requerente da providência*”: cfr. Acórdão de 20.03.2014, processo n.º 10918/14, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>19</sup> No sentido de que “*Não compete ao julgador cautelar substituir-se ao requerente na busca desses prováveis e adequados prejuízos, uma vez que o dever de investigação que a lei lhe comete apenas abarca a matéria de facto trazida ao processo pelas partes [2ª parte do artigo 664º do CPC], ressalvada a excepção dos factos notórios ou de conhecimento geral [artigo 514º do CPC]*”, cfr. o Acórdão do TCA Norte de 11.12.2008, processo n.º 01038/08.5BEBRG, já acima citado.

<sup>20</sup> Pensamos, sobretudo, em TERESA DE MELO RIBEIRO, “A justiça cautelar que temos e a que queremos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 94, Julho/Agosto de 2012, páginas 76 e 77.

<sup>21</sup> A título de exemplo, para comprovação do acima afirmado, basta pensar que, em determinado momento, a jurisprudência administrativa chegou mesmo a considerar que um acto administrativo apenas poderia ser tido como “*manifestamente ilegal*”, para efeitos de preenchimento do requisito previsto no artigo 120.º, n.º 1, alínea a) do CPTA (que, recorde-se, impunha o decretamento das providências cautelares requeridas quando fosse “*evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal*”), quando os vícios imputados ao acto impugnado conduzissem ao desvalor da nulidade, e já não da mera anulabilidade (cfr., neste sentido, e entre tantos outros, o Acórdão do TCA Norte de 17.02.2005, processo n.º 00617/04.4BEPRT, acima citado). Embora este entendimento tenha sido posteriormente (e bem) afastado (veja-se, nomeadamente, o Acórdão do TCA Norte de 15.01.2009, processo n.º 00191/08.2BEMDL-A, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), a verdade é que aquela primeira corrente já permite ilustrar o carácter absolutamente excepcional do requisito na alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA e, em consequência, o diminuto alcance conferido àquele preceito legal, alvo de uma leitura (em nossa opinião) excessiva e injustificadamente restritiva por parte da nossa jurisprudência.

cosmética” ou se, ao invés, assume um significado substantivo. Na verdade, enquanto neste momento as providências cautelares pré-contratuais ainda se destinam “*impedir que sejam causados outros danos aos interesses em presença*”, pretende-se no projecto de revisão que estas providências passem a visar “*impedir que sejam causados danos irreversíveis*” (presume-se que também aos “interesses em presença”, embora o projecto não o diga). Parece, pois, existir aqui uma intenção de reforço da exigência na apreciação jurisdicional, através da especial qualificação dos danos que as providências visam evitar.

Embora esta norma não diga directamente respeito aos critérios de decretamento das providências cautelares pré-contratuais (que constam do n.º 5 do artigo 132.º, na nova numeração do projecto), o facto de o legislador pretender estabelecer esta alteração no próprio âmbito de ampliação destas providências leva legitimamente a perguntar pelo efectivo alcance da modificação em causa. É que, em nossa opinião, a substituição da expressão “*outros danos*” pela expressão “*danos irreversíveis*” pode comportar, pelo menos, duas leituras diferentes.

Pode, numa primeira interpretação, entender-se que o legislador apenas tencionou clarificar a redacção da norma, reiterando que as providências cautelares pré-contratuais (como, de resto, as demais medidas cautelares) têm por objectivo obstar a situações ditas “de facto consumado” e, neste sentido, irreversíveis – tratar-se-ia, de acordo com esta leitura, de uma precisão terminológica, com vista a “lembrar” que não está em causa a simples prevenção de quaisquer danos, mas antes dos danos que, uma vez verificados, poderão já não ser susceptíveis de reparação *a posteriori*.

Mas poderia também, numa segunda abordagem, considerar-se que, com a alteração *sub judice*, o projecto de revisão teria pretendido restringir o âmbito de aplicação da tutela cautelar pré-contratual, que passaria a destinar-se apenas à salvaguarda contra danos “irreversíveis” e não contra qualquer outro tipo de danos, mesmo que superiores aos danos decorrentes do decretamento das providências. Ou seja, poderia eventualmente indagar-se se o n.º 5 (que contém os critérios para a adopção das providências) deve ser lido *à luz* do n.º 1 (que estabelece o âmbito de aplicação destas medidas cautelares), podendo nesse caso o juiz decidir pelo indeferimento das providências por os danos que as mesmas visam evitar, sendo superiores aos que resultariam da sua adopção, não serem, ainda assim, “irreversíveis”.

Pela nossa parte, entendemos que o projecto de revisão terá apenas tido em vista acentuar o “peso” da ponderação dos danos nesta sede, mas não a ponto de dificultar o decretamento das providências cautelares pré-contratuais, e muito menos de restringir estas medidas à tutela contra danos ditos “irreversíveis”. Em qualquer caso, admitimos que a redacção do projecto não é a mais feliz e se presta a outras interpretações, pelo que veríamos com bons olhos um esclarecimento cabal deste ponto, no sentido de

afastar inequivocamente a segunda leitura adiantada.

3.2. Feito este excursão, chegamos agora ao cerne do problema aqui em análise: é que o critério da ponderação de interesses/danos – que, como acabámos de ver, reveste uma importância absolutamente decisiva no decretamento de providências cautelares pré-contratuais – é de **difícilíssimo manuseamento** no caso concreto<sup>22</sup>, o que gera distorções na aplicação da lei e desequilíbrios na protecção dos interesses de todas as partes envolvidas, como se verá de seguida.

3.2.1. Na verdade, por um lado, **no âmbito pré-contratual existe sempre um risco iminente de consumação de danos irreversíveis (ou, pelo menos, dificilmente reparáveis)**: uma vez que os processos cautelares pré-contratuais visam assegurar o efeito útil da decisão a proferir no seio de uma acção principal na qual, em regra, se discutem ilegalidades relativas à escolha do co-contratante por parte da Administração Pública, é manifesto que, em caso de indeferimento das providências requeridas, a tutela *primária* da pretensão do autor/requerente fica seriamente comprometida. Note-se que, apesar do seu carácter urgente<sup>23</sup>, os processos de contencioso pré-contratual podem demorar (e demoram frequentemente) vários meses ou mesmo anos<sup>24</sup>; por esse motivo, se o procedimento de formação do contrato não tiver sido suspenso na pendência do processo principal, quando neste for proferida sentença já o contrato terá sido celebrado e mesmo, na maior parte dos casos, integralmente (ou quase integralmente) concluído. Assim, no fim de contas, em caso de

---

<sup>22</sup> Com severa crítica ao critério da ponderação de interesses previsto no artigo 120.º, n.º 2 do CPTA (o qual, como já adiantámos, tem uma formulação idêntica à do artigo 132.º, n.º 6 do mesmo Código de Processo), cfr. MIGUEL PRATA ROQUE, *Reflexões sobre a Reforma da Tutela Cautelar Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2005, páginas 81 e 82.

<sup>23</sup> Cfr. artigo 36.º, n.º 1, alínea b) do CPTA.

<sup>24</sup> A noção de tempo é, de facto, “*particularmente dramática quando falamos (...) da duração dos processos*” (cfr. LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Para um Direito Administrativo de Garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*, Almedina, Coimbra, 2000, página 89), e aqui reside, precisamente, uma das grandes causas do problema em estudo, pois, como já há quase vinte anos afirmava PEDRO GONÇALVES, “*se as decisões a proferir nos recursos interpostos de actos prévios ao contrato não fossem demoradas, não seriam intoleráveis os prejuízos que a suspensão do procedimento adjudicatório provoca no interesse público*”: cfr. “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»”, in *Revista da Universidade Lusitana*, n.º 1, Porto, 1998, página 55.

insucesso no processo cautelar, *de (pouco ou) nada vale* ao autor/requerente obter provimento no processo principal, pois qualquer eventual decisão favorável que venha a ser emitida e transitada em julgado se revelará pouco mais do que *platónica*: na impossibilidade de “voltar atrás” e celebrar e executar o contrato a que o procedimento pré-contratual se destinava (e que nesta data já terá sido executado por outro concorrente), restará ao autor/requerente contentar-se com uma tutela *secundária*, meramente indemnizatória, por verificação antecipada de uma causa legítima de inexecução de sentença por parte da entidade adjudicante<sup>25</sup>. Ou seja, *pela própria natureza das coisas, no âmbito pré-contratual o periculum in mora (associado à criação de um “facto consumado”, com os danos inerentes para a esfera jurídica do requerente do processo cautelar) encontra-se, por definição, quase sempre verificado*<sup>26</sup>. O que, numa primeira linha, apontaria para uma natural tendência para o decretamento sistemático deste tipo de providências<sup>27</sup>, como, de resto, parece ser o desígnio do Direito da União Europeia.

3.2.2. No entanto, como os contratos que a Administração Pública visa celebrar através do procedimento pré-contratual se destinam sempre à satisfação de uma determinada necessidade colectiva, à prossecução de um fim de interesse público<sup>28</sup>, e porque, apesar do acima exposto, a lei não impõe um decretamento automático das providências cautelares *apenas* por terem sido requeridas no âmbito pré-contratual, a nossa jurisprudência tem invariavelmente caído no extremo oposto.

---

<sup>25</sup> Na expressão do artigo 102.º, n.º 5 do CPTA, uma “*situação de impossibilidade absoluta*” que obsta à satisfação dos interesses do autor.

<sup>26</sup> No mesmo sentido, afirma MARIA FERNANDA MAÇAS que “*nesta sede a urgência está, por definição, preenchida por a iminência da celebração e execução do contrato ameaçarem a efectividade da sentença final favorável*”: cfr. “As formas de tutela urgente previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, in AA. VV., *A Reforma da Justiça Administrativa*, STVDIA IVRIDICA, n.º 86, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, página 235. Também ANA GOUVEIA MARTINS afirma que “*no domínio dos procedimentos pré-contratuais o perigo de retardamento está, pela própria natureza das coisas, preenchido*”: cfr. “Algumas questões sobre a concessão de providências cautelares no âmbito dos procedimentos de formação de contratos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 85, Janeiro/Fevereiro de 2011, página 5.

<sup>27</sup> Eventualmente, poderia até questionar-se se os argumentos referidos não apontariam mesmo para um sistemático decretamento *provisório* das providências requeridas, ao abrigo do disposto no artigo 131.º do CPTA: como já afirmou o TCA Sul, integram-se na previsão deste preceito “*as situações relacionadas com actos ou comportamentos que tenham de ocorrer em determinados prazos ou datas, pela virtualidade de, mesmo com a interposição da providência cautelar, ainda assim ocorrer uma situação de facto consumado*”, o que, ainda no entender do mesmo Tribunal, sucederia, paradigmaticamente, com “*um procedimento pré-concursal em que está iminente a adjudicação e celebração do contrato, pois, neste caso, a iminência da celebração e execução do contrato preenchem a previsão de especial urgência*”: cfr. o Acórdão de 11.10.2006, processo n.º 01471/06, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>28</sup> Cfr. artigo 266.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

Com efeito, justamente para obstar à utilização recorrente de processos cautelares que paralisassem a actividade administrativa – sendo certo que a celebração de contratos com a Administração Pública corresponde à atribuição de uma oportunidade escassa<sup>29</sup> e que, por isso mesmo, os procedimentos pré-contratuais são fonte de forte litigiosidade, tanto mais intensa quanto mais acentuado é o cenário de crise económica e financeira que no momento se atravessasse –, desde cedo os Tribunais Administrativos começaram a exigir ao requerente a prova de um dano particularmente *qualificado*: não basta alegar a mera existência de ilegalidades no procedimento pré-contratual<sup>30</sup> e tão-pouco o risco de o requerente não ser o adjudicatário no procedimento pré-contratual tem sido considerado atendível, visto tratar-se de um perigo que, em abstracto, pode ser invocado por qualquer dos concorrentes vencidos<sup>31</sup> e que se insere na álea normal e ineliminável que subjaz a todos os procedimentos concorrenciais<sup>32</sup>: como se afirma em resumo exemplar, “*O prejuízo associado ao dispêndio de meios e recursos com a elaboração e a apresentação da proposta e de ver gorada a possibilidade de beneficiar dos efeitos decorrentes da adjudicação e da celebração do contrato, 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 e quaisquer concorrentes que apresentaram proposta ao concurso, não sendo aptos a fazer pender em benefício da Requerente o juízo de ponderação de interesses, previsto no n.º 6 do art.º 132.º do CPTA*”<sup>33</sup>.

Portanto, o que se tem pedido ao requerente é “*a alegação de prejuízos acrescidos aos inerentes à investidura do requerente na posição de concorrente no procedimento pré-contratual*”<sup>34</sup> – no limite, a demonstração de que a não celebração do contrato poderá afectar gravemente a sua situação financeira e, inclusivamente, conduzi-lo a um

---

<sup>29</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, *maxime* páginas 387 e seguintes.

<sup>30</sup> Nas palavras do TCA Sul, “*Os interesses a tutelar segundo o juízo de ponderação de interesses, nos termos do n.º 6 do art.º 132.º do CPTA, não se podem resumir, por parte da Requerente, na defesa da legalidade e em garantir-se a existência de um procedimento pré-contratual legal*”: cfr. o Acórdão de 06.03.2014, processo n.º 10858/14, já acima citado.

<sup>31</sup> Como se lê no Acórdão do TCA Sul de 12.11.2009, processo n.º 04446/08, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), “*Os prejuízos que em abstracto se reportam ao facto de poder não ser o destinatário da adjudicação são invocáveis por qualquer um dos concorrentes vencidos, pelo que não bastam para fundar a pretensão cautelar de paralisação do procedimento, por passíveis de se confundir com a qualidade abstracta de não adjudicatário/preterido no concurso*”.

<sup>32</sup> De acordo com o TCA Sul, no seu Acórdão de 20.02.2014, processo n.º 10684/13, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), “*Os interesses a tutelar segundo o juízo de ponderação de interesses, nos termos do n.º 6 do art.º 132.º do CPTA, não se podem resumir, por parte da Requerente ao prejuízo decorrente da qualidade de vencida no concurso, de não ter visto a sua proposta adjudicada, por esse prejuízo se inserir no campo da incerteza própria dos procedimentos concursais*”.

<sup>33</sup> Cfr. o Acórdão do TCA Sul de 20.02.2014, processo n.º 10684/13, citado na nota anterior.

<sup>34</sup> Como nota, em tom crítico, ANA GOUVEIA MARTINS, “*Algumas questões...*”, cit., página 4.

cenário de insolvência<sup>35</sup>. Não sendo esse o caso, isto é, consistindo o dano que se pretende evitar através do processo cautelar “apenas” no dano da “não celebração do contrato”, tem a nossa jurisprudência entendido que, na ponderação a efectuar nesta sede, os danos provocados ao interesse público em caso de suspensão do procedimento pré-contratual serão naturalmente superiores aos danos provocados ao particular pela não celebração de um determinado contrato em concreto<sup>36</sup>. O que “inclina” invariavelmente os “pratos da balança” a favor da entidade adjudicante e da não suspensão do procedimento pré-contratual, com o conseqüente esvaziamento prático do sentido útil da decisão final a proferir no seio da acção principal.

3.2.3. Do exposto resulta assim que *o mesmo critério legal* para o decretamento das providências cautelares pré-contratuais – o da ponderação de interesses/danos – tanto aponta para um *decretamento tendencial* dessas providências (pela quase inevitável verificação de danos ao requerente e pelo seu carácter quase sempre irreversível, uma vez verificados) como para o seu *provável indeferimento* na maior parte dos casos (aqui atenta a falta de “especialidade” dos danos invocados pelo requerente face aos danos sofridos pelos demais preteridos na adjudicação, bem como o menor “peso” relativo destes danos, tidos como puramente “individuais”, face ao interesse público geral subjacente ao contrato a cuja celebração o procedimento pré-contratual se destina). A lei permite, pois, esta *oscilação* entre os dois extremos (uma tutela cautelar automaticamente concedida *vs.* uma verdadeira impossibilidade de obtenção dessa tutela), sendo que, na prática, a jurisprudência se tem orientado de forma reiterada para o segundo pólo, considerando invariavelmente que os danos do requerente, embora certos e provavelmente irreversíveis, são inferiores aos danos passíveis de ser invocados pela entidade adjudicante (já para não aludir ao adjudicatário, contra-interessado). Portanto, salvaguardando o muito que desde 2004 se avançou na luta por uma tutela jurisdicional efectiva (e aqui seria injusto não realçar o papel da jurisprudência), a verdade é que ainda hoje, dez anos depois da entrada em vigor do CPTA, continua a

---

<sup>35</sup> Aludindo ao “*entendimento erróneo que tem exigido, na prática, para conceder a providência, que o requerente prove que ganharia o concurso ou algo muito perto do risco da sua insolvência*”, cfr. PAULO PEREIRA GOUVEIA, “Meios cautelares hoje e amanhã”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 94, Julho/Agosto de 2012, página 89.

<sup>36</sup> Referindo que a nossa jurisprudência tem feito “*sistematicamente prevalecer o interesse público*”, cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, *Algumas questões...*, cit., página 15. Por esse motivo, não é de estranhar o diagnóstico de PAULO PEREIRA GOUVEIA de que “*A quase totalidade dos processos hoje intentados ao abrigo do art. 132.º improcede*”: cfr. “Meios cautelares hoje e amanhã”, cit., página 88.

revelar-se em grande medida certa a constatação (irónica e feita na vigência do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio) de que os nossos Tribunais vêm o interesse público *em todo o lado* e o interesse do particular *em lado nenhum*<sup>37</sup>...

Pela nossa parte, não podemos senão discordar da aplicação deste regime que tem sido levada a cabo pela nossa jurisprudência. Embora compreendendo que, naturalmente, nem todas as pretensões trazidas a juízo são fundadas (e sabendo mesmo que, numa altura de crise, se multiplicam os processos intentados “em desespero de causa”) e que a actividade administrativa não pode pura e simplesmente paralisar ao sabor dos caprichos da “fúria litigante” de alguns particulares, não admitimos que tais argumentos possam legitimar a autêntica *denegação de tutela cautelar* que tem sido a regra no quotidiano dos nossos Tribunais – a qual, pelos motivos acima referidos, redonda depois, necessariamente, no esvaziamento da própria tutela *primária* da pretensão de fundo discutida na acção principal.

Além de este constituir um resultado inaceitável à luz dos postulados de uma tutela jurisdicional efectiva (cfr. artigo 20.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa), parece-nos que a corrente jurisprudencial aqui criticada pede o *inexigível* e o *impossível* ao requerente:

- (i) O *inexigível* porque não faz sentido solicitar a um concorrente que demonstre que a não execução de determinado contrato o colocaria numa situação económica muito grave, de pré-insolvência. A tutela cautelar destina-se, tão-somente, a garantir o efeito útil da decisão a proferir no processo principal e que, no âmbito pré-contratual, estará geralmente associada à pretensão do autor/requerente de vir a ser o adjudicatário no procedimento e de executar o correspondente contrato. É isto, e *apenas isto*, que está em causa, pelo que idealmente não deveria haver lugar a indagações sobre a importância da execução desse contrato no conjunto da “carteira” do autor/requerente e sobre o impacto provocado na sua esfera em virtude do não auferimento do lucro associado ao contrato. No limite, este entendimento conduziria a que uma empresa em situação financeira estável e cuja continuidade não dependa da celebração daquele concreto contrato tem tanto direito a uma tutela cautelar eficaz como qualquer outra empresa, sendo que não

---

<sup>37</sup> A frase pertence a ISABEL CELESTE FONSECA, “A Justiça Administrativa dos Contratos da Administração. Da (ainda) *Ária de Inútil Precaução*”, in *SCIENTIA IURIDICA – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo L, n.º 290, Maio/Agosto de 2001, Braga, página 95.

existe, à luz do princípio constitucional da igualdade (cfr. artigo 13.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa), qualquer motivo para que um particular seja prejudicado (ou beneficiado) em função da sua estabilidade económica<sup>38</sup>;

- (ii) O impossível porque se pede ao requerente que faça uma prova convincente de consequências catastrofistas que, na data do início do processo, ainda não ocorreram e que apenas são possíveis de antecipar mediante um juízo de prognose (necessariamente falível e dependente de diversos factores), tudo isto, note-se, num processo que o Tribunal deverá decidir de forma *sumária* e mediante uma apreciação *perfunctória* quanto aos pressupostos de decretamento das providências cautelares requeridas.

Por outro lado, não pode também aceitar-se que a ponderação seja “viciada” pelos pré-juízos que, à partida, “contaminam” a apreciação dos Tribunais em sentido desfavorável ao requerente das providências cautelares.

É que, na verdade, verifica-se ser bastante frequente a afirmação de que os interesses do requerente seriam puramente individuais, egoísticos, lucrativos, pelo que não poderiam prevalecer quando cotejados com o interesse público subjacente ao contrato cuja celebração (ou execução) se visa suspender através do processo cautelar. Todavia, tal entendimento, ainda que compreensível até certo ponto, prova demais e, em última instância, permitiria fundamentar o indeferimento de todas e quaisquer providências cautelares requeridas no âmbito do contencioso administrativo, pois que, em qualquer caso, o que está sempre em causa é a pretensão de um particular paralisar, ainda que temporariamente, uma actividade (presumivelmente de interesse geral da colectividade) a cabo da Administração Pública. Como já tem sido enfatizado na doutrina, não está aqui em causa “*avaliar qual o interesse prevalecente*”, pois é evidente que “*o interesse colectivo se deve sobrepor, por regra, aos interesses individuais*”: o que importa é aferir se os *prejuízos* causados ao interesse público (e outros interesses) em caso de adopção das providências cautelares são ou não superiores aos *prejuízos* causados ao requerente em caso de recusa das mesmas<sup>39</sup>.

Sob outro prisma, o particular não é o Ministério Público e o contencioso pré-contratual não é uma acção popular; por conseguinte, o objectivo do litígio desencadeado contra a

---

<sup>38</sup> O que se traduziria na criação de uma verdadeira “Justiça para ricos”, com a diferença de que, ao contrário do sentido (pejorativo) em que esta expressão é comumente utilizada, neste caso essa denominada “Justiça para ricos” seria *pior* do que a Justiça ministrada ao vulgar dos cidadãos.

<sup>39</sup> Cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, “Algumas questões...”, cit., páginas 14 e 15.

entidade adjudicante não será um mero interesse em preservar a legalidade ou um interesse difuso, mas sim a defesa de uma determinada posição individual (sendo indiferente para este efeito que tal posição seja qualificada de direito subjectivo ou como interesse legalmente protegido). Assim, os prejuízos que o particular está em condições de invocar no processo cautelar, para sustentar a necessidade de decretamento das providências requeridas, têm forçosamente de ser os danos que serão sofridos *na sua própria esfera jurídica*, não lhe cabendo lançar mão de quaisquer outros, até sob pena de ilegitimidade activa nessa parte. Ora, na medida em que todos os concorrentes num procedimento pré-contratual (ou potenciais participantes no mesmo) têm um idêntico interesse e se encontram, em princípio, em posição de absoluta paridade, não se vê que outros danos poderia o requerente invocar senão aqueles que para si decorrem da não celebração e execução do contrato, afigurando-se que a exigência de que o requerente alegue danos que não sejam “comuns aos dos demais concorrentes preteridos” é excessiva e coloca a concessão da providência cautelar num patamar virtualmente inatingível.

Do mesmo modo, o facto de a pretensão do requerente ser eminentemente económica e, por conseguinte, ressarcível mediante o pagamento de uma indemnização é também absolutamente irrelevante para este efeito. De facto, o que se procura com a decisão a proferir no processo principal (e cuja utilidade o processo cautelar visa salvaguardar) é uma tutela *primária*, traduzida *in casu* na celebração e execução de determinado contrato, e é esta tutela que está *prima facie* garantida pelo princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva. Só em caso de impossibilidade de conceder esta tutela (por impossibilidade objectiva que constitua uma causa de legítima execução da sentença desfavorável para a entidade adjudicante) é que se recorrerá, **sempre subsidiariamente**, à tutela *secundária*, de índole meramente ressarcitória. O entendimento de que um prejuízo económico não é “difícilmente reparável” por ser susceptível de conduzir mais tarde ao pagamento de uma indemnização é, pois, profundamente perverso<sup>40</sup> e, de tão obsoleto e historicamente datado, deverá ter-se por totalmente inaceitável nos dias de hoje<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Em derradeira análise, e recordando o dito popular, chegar-se-ia à conclusão de que tudo tem remédio, menos a Morte...

<sup>41</sup> No sentido de que deve considerar-se “*actualmente ultrapassada a concepção de que nunca seriam de difícil reparação os prejuízos susceptíveis de avaliação*”, cfr. o Acórdão do TCA Sul de 30.07.2013, processo n.º 10172/13, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Já neste sentido, pouco depois da entrada em vigor do CPTA, afirmando que “*Em relação ao periculum in mora encontra-se ultrapassada, face aos preceitos citados, a doutrina e a jurisprudência produzidas*”

3.2.4. Em suma: compreende-se que as providências cautelares não devam ser decretadas só *porque sim* ou que o facto de estarmos no âmbito pré-contratual imponha, *apenas por esse motivo*, a adopção das providências requeridas; porém, não pode por isso cair-se no extremo oposto de se negar invariavelmente a protecção cautelar ao requerente, pois tal contraria os desígnios constitucionais de uma tutela jurisdicional efectiva, o que se revela particularmente grave num contexto (como o pré-contratual) em que, pela própria natureza das coisas, a tutela cautelar assume um papel absolutamente **decisivo** na manutenção da utilidade da decisão a proferir no processo principal.

Por conseguinte, é o (sempre delicado) equilíbrio entre todos estes interesses conflitantes que no âmbito da tutela cautelar pré-contratual se deve procurar tentar atingir, tarefa que é dificultada sobremaneira pelo facto de o critério acolhido pelo legislador – e que é mantido e, porventura, até reforçado pelo projecto de revisão – para o decretamento destas providências ser o da ponderação de danos, e não, como deveria ser e é normal em sede cautelar, os do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, em conjugação articulada<sup>42</sup>.

4. Com as reflexões acima apresentadas – que constituem, de algum modo, o retrato da nossa tutela cautelar em sede pré-contratual –, pretendeu mostrar-se a inadequação da escolha do requisito da ponderação de danos como critério determinante para a concessão das providências e as consequências nefastas a que a aplicação deste critério pode conduzir (e tem efectivamente conduzido).

---

*na vigência da revogada Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, no sentido de que a providência cautelar não poderia ser decretada se os prejuízos fossem contabilizáveis ou não fossem de difícil reparação pecuniária, uma vez que agora, como se referiu, basta a eminência da criação de uma situação de facto consumado para se poder accionar os mecanismos cautelares – artigos 112.º e 131.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, cfr. o Acórdão do TCA Sul de 11.10.2006, processo n.º 01471/06, já acima citado.*

<sup>42</sup> Sem se ignorar que “*O critério consagrado corresponde aos termos das Directivas*” (cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010, página 491), subscrevemos na íntegra a crítica de MARIA JOÃO ESTORNINHO, que afirma que “*É muito criticável a opção de consagração do critério da ponderação de interesses que nada tem a ver com a ratio da tutela cautelar – para a concessão da providência cautelar devem bastar a probabilidade de decisão favorável e o risco de dano em virtude da demora desta (pelo contrário, a ponderação dos interesses público e privados envolvidos não deveria ser relevante)*”: cfr. *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, página 578.

No mesmo sentido, afirmando “*não se vislumbra[r] razão válida para a previsão de critérios diferentes*” para o decretamento das providências cautelares pré-contratuais face às demais providências, cfr. AA. VV., *Mudar a Justiça Administrativa e Fiscal* (coord. ESPERANÇA MEALHA e FERNANDA MAÇÃS), Almedina, Coimbra, 2013, página 49.

Resta-nos então passar ao ponto seguinte: depois de nos termos debruçado sobre os problemas existentes neste âmbito e que o projecto de revisão não soluciona, passaremos de seguida a analisar os problemas que o projecto de revisão veio acrescentar à matéria em análise.

Tais problemas são, paradoxalmente, os *inversos* daqueles que acima referimos: ao *défice* de tutela cautelar resultante do critério adoptado para o decretamento das providências contrapõe-se agora um autêntico *hyper-garantismo* do requerente no que se refere aos efeitos do mero recurso às vias judiciais. Isto porque, não só o projecto preconiza uma clarificação e um alargamento do efeito suspensivo da instauração do processo cautelar como, além disso, estende tal efeito ao próprio processo principal, em termos que, dir-se-ia até, dispensariam inclusivamente a a necessidade da tutela cautelar.

Vejamos melhor.

4.1. No que respeita aos efeitos da instauração dos processos cautelares pré-contratuais, é justo assinalar que o projecto de revisão tem pelo menos um grande mérito, o de clarificar inequivocamente que o artigo 128.º do CPTA se aplica também aos processos cautelares regulados no artigo 132.º do mesmo Código de Processo.

Na verdade, o actual n.º 3 do artigo 132.º do CPTA, ao dispor que no domínio da tutela cautelar pré-contratual se aplicam “*as regras do capítulo anterior, com ressalva do disposto nos números seguintes*”, suscitava a dúvida interpretativa de saber se se aplicariam também a estas providências *as regras do próprio capítulo em que o artigo 132.º se encontrava sistematicamente inserido*. A questão poderia parecer bizantina, mas tinha enorme relevância prática, pois da resposta à mesma (questão) dependia, nomeadamente, a aplicação (ou não) do efeito suspensivo automático previsto no artigo 128.º do CPTA.

A questão dividiu a doutrina e a jurisprudência, havendo vozes que se pronunciaram pelo sentido *excludente* do artigo 132.º, n.º 3 do CPTA (se o legislador apenas remetia para o capítulo anterior, *a contrario* retirar-se-ia que as regras do próprio capítulo não seriam aplicáveis)<sup>43</sup> e outras, ao invés, que defenderam o sentido *includente* do mesmo

---

<sup>43</sup> Cfr., em especial, o Acórdão do STA de 20.03.2007, processo n.º 01191/06, e o Acórdão do TCA Sul de 10.09.2009, processo n.º 05173/09, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Na doutrina, cfr. FERNANDA MAÇAS, “Meios Urgentes e Tutela Cautelar – Perplexidades quanto ao Sentido e Alcance de alguns Mecanismos de Tutela Urgente”, in AA. VV., *A Nova Justiça Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, páginas 109 a 111, bem como ISABEL CELESTE FONSECA, “Contencioso administrativo e contencioso

preceito (ainda que numa formulação infeliz, o legislador teria apenas pretendido esclarecer que à tramitação destes processos cautelares se aplicaria, sempre que aplicável, o regime geral das providências cautelares previstas no capítulo anterior, sem que isso, naturalmente, significasse o afastamento do regime previsto no capítulo em que o artigo 132.º se encontrava inserido)<sup>44</sup>. Pela nossa parte, desde sempre entendemos que a razão estava com esta segunda corrente doutrinária e jurisprudencial<sup>45</sup>, por razões que não cabe aqui desenvolver mas que, em grande medida, decorrem do que já acima se disse quanto à *ratio* das providências cautelares pré-contratuais e ao seu papel decisivo na tutela dos interesses do requerente. Por este motivo, a redacção proposta no projecto de revisão para o (agora) n.º 2 do artigo 132.º do CPTA, ao dispor que aos processos cautelares *sub judice* “é aplicável o disposto no presente Título” (e já não “no capítulo anterior”, como agora sucede), é claramente de saudar, em virtude de vir pôr cobro a uma querela um tanto ou quanto escusada e de optar decisivamente por aquela que nos parece ser a melhor solução legislativa.

---

administrativo autárquico: resenha dos casos urgentes mais recentes”, in *Direito Regional e Local*, n.º 0, Outubro/Dezembro de 2007, página 47, IDEM, “A Directiva (Recursos) n.º 2007/66/CE: O Reforço da Efectividade do Contencioso Pré-Contratual – *What Else?*”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2008, página 67, IDEM, “O contencioso pré-contratual (autárquico): como é e como se gostaria que (não) fosse”, in *Direito Regional e Local*, n.º 4, Outubro/Dezembro de 2008, páginas 59 e 60, bem como JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, cit., página 333, nota 924.

<sup>44</sup> Cfr. Acórdãos do TCA Sul de 11.10.2006, processo n.º 01471/06, de 05.07.2007, processo n.º 02692/07, de 25.11.2009, processo n.º 05415/09, de 14.01.2010, processo n.º 05746/09, de 28.10.2010, processo n.º 06616/10, Acórdão do TCA Norte de 12.07.2013, processo n.º 00363/13.8BEAVR-A, Acórdão do STA de 03.10.2013, processo n.º 0829/13, Acórdão do TCA Norte de 28.02.2014, processo n.º 01271/13.8BEBRG, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Na doutrina, cfr. PEDRO GONÇALVES, “Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 62, Março/Abril de 2007, página 4, nota 2, CLÁUDIA VIANA, “A prevenção do «facto consumado» nos procedimentos de contratação pública – uma perspectiva de direito comunitário”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 68, Março/Abril de 2008, páginas 26 e seguintes, IDEM, “A interpretação e aplicação do art. 128.º do CPTA em conformidade com o direito europeu dos contratos públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 91, Janeiro/Fevereiro de 2012, páginas 48 e seguintes], ANA GOUVEIA MARTINS, “Perspectivas de evolução da tutela provisória do processo cautelar”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 79, Janeiro/Fevereiro de 2010, páginas 15 e seguintes, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, cit., páginas 465 e 466, IDEM, “Art. 128.º do CPTA: realidade e perspectivas”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 93, Maio/Junho de 2012, *maxime* páginas 6 e 7, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª edição revista, Almedina, Coimbra, 2010, páginas 880 e 881, bem como MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso...*, cit., página 576.

<sup>45</sup> Cfr. o nosso *Da exigibilidade judicial da celebração de contratos públicos*, relatório de Mestrado inédito, apresentado na disciplina de Direito Administrativo (sob a regência do Professor Doutor PAULO OTERO) no ano lectivo de 2009/2010, páginas 48, nota 115, e 51, nota 124 (disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

4.2. A clarificação de que a citação do requerimento inicial do processo cautelar pré-contratual suspende a eficácia do acto suspendendo e impede a sua execução por parte da entidade adjudicante revela-se ainda mais importante quando, atentando na nova redacção preconizada para o artigo 128.º do CPTA, se constata que a Administração Pública já não poderá (como até aqui sucedia) afastar aquele efeito suspensivo através da apresentação de uma resolução fundamentada: pelo contrário, o acto suspendendo apenas poderá continuar a ser executado “*em estado de necessidade*” e o levantamento da suspensão de eficácia apenas poderá ocorrer mediante decisão expressa do juiz, proferida de acordo com o critério da ponderação previsto no artigo 120.º, n.º 2 do CPTA e na sequência de um incidente processual desencadeado pela entidade adjudicante ou pelo adjudicatário, enquanto beneficiário do acto<sup>46</sup>.

Sem ser nosso intuito explorar as diferenças entre o futuro e o actual regime do artigo 128.º do CPTA, diga-se apenas que a nova redacção proposta *dificulta* o levantamento do efeito suspensivo automático produzido com a citação, efectuada à entidade requerida, do requerimento inicial da providência cautelar.

Assim, a serem aprovadas as alterações constantes do projecto de revisão, pode afirmar-se que (i) não só os processos cautelares pré-contratuais passarão indiscutivelmente a gozar de um efeito suspensivo automático, como (ii) esse efeito suspensivo será, à partida, mais difícil de afastar pela entidade adjudicante, o que se traduz, naturalmente, num reforço da tutela do requerente das providências.

4.3. Se este aspecto, em si mesmo, é positivo, a verdade é que, olhando para o conjunto global de instrumentos processuais previstos no projecto de revisão que se destinam a assegurar o efeito útil da decisão final, pode bem dizer-se que o efeito suspensivo dos artigos 128.º e 132.º do CPTA não terão grande aplicação prática. Por outras palavras, o momento em que mais se reforçam as vantagens (para o requerente) do recurso a um

---

<sup>46</sup> De resto, as preocupações com a tutela do contra-interessado constituem o cerne das principais críticas que têm vindo a ser esgrimidas contra o artigo 128.º do CPTA nos últimos tempos, havendo inclusivamente quem sustente a inconstitucionalidade da norma em causa: sobre a matéria, cfr., em especial, os textos de PEDRO GONÇALVES e BERNARDO AZEVEDO, “Impugnabilidade dos actos praticados ao abrigo do art. 128.º, n.º 2, do CPTA e inconstitucionalidade da norma habilitante”, bem como de ELIZABETH FERNÁNDEZ, “Revisitando o art. 128.º, n.º 2, do CPTA: agora, na perspectiva do contra-interessado”, ambos publicados nos *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 90, Novembro/Dezembro de 2011, respectivamente a páginas 3 e seguintes e 11 e seguintes. *Vide* ainda DORA LUCAS NETO e ESPERANÇA MEALHA, “O Contra-interessado e o Artigo 128º do CPTA”, in *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território*, Volume II (coord. FERNANDA PAULA OLIVEIRA), Almedina, Coimbra, 2012, páginas 613 e seguintes.

processo cautelar pré-contratual é também, simultânea e contraditoriamente, o momento em que o requerente deixa de ter incentivos para utilizar este mecanismo. Na verdade, confrontando o n.º 1 do novo artigo 103.º-A do CPTA, que o projecto de revisão se propõe aditar, observa-se que a impugnação de actos de adjudicação “*faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado, se tal não tiver já sido obtido através da adoção de providência cautelar*”<sup>47</sup>. Ou seja, tal como aliás resulta da epígrafe deste novo preceito, a acção principal passa a ter um **efeito suspensivo automático** da eficácia do acto impugnado no processo.

Apesar de o artigo 2.º, n.º 4 da Directiva n.º 89/665/CE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, na redacção da Directiva n.º 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, prever que, em regra, a impugnação contenciosa de um acto praticado num procedimento pré-contratual “*não deve ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos relativamente aos processos de adjudicação de contratos a que se refere*”, esta norma limita-se a limitar uma obrigação e não a instituir uma proibição aos Estados-Membros. Ou seja, estes não têm de atribuir aos processos de contencioso pré-contratual um efeito suspensivo automático; mas, querendo, podem fazê-lo. O intuito das “Directivas recursos” foi o de conferir “*alguma margem de liberdade ao legislador nacional quanto à fixação do termo final do efeito suspensivo automático decorrente da interposição de meios contenciosos*”, pelo que “*não proibiam os Estados-membros de preverem o efeito suspensivo automático da impugnação de um acto pré-contratual*”<sup>48</sup>.

Em nossa opinião, a consagração deste efeito suspensivo automático constitui uma solução digna de aplauso e constituirá porventura a opção mais consentânea com os desideratos das “Directivas recursos”. De resto, trata-se de uma medida já entre nós defendida por alguma doutrina<sup>49</sup>, à qual manifestamos a nossa adesão.

---

<sup>47</sup> Perante a redacção do projecto de revisão – que associa a suspensão automática à “*impugnação de atos de adjudicação*” –, fica a dúvida de saber se o efeito suspensivo se dá logo na data da apresentação da petição inicial no Tribunal (pois é neste momento que, rigorosamente, o interessado está a “impugnar o acto”) ou se, pelo contrário, tal apenas ocorrerá na data da citação da entidade adjudicante para contestar a acção, a exemplo do que sucede em sede cautelar (cfr. o n.º 1 do artigo 128.º do CPTA) e conforme faz mais sentido, quanto mais não seja porque a citação constitui justamente o acto através do qual se dá conhecimento ao réu da existência de um processo judicial.

<sup>48</sup> Como bem se decidiu no Acórdão do TCA Sul de 28.10.2010, processo n.º 06616/10, já acima citado.

<sup>49</sup> Cfr. ADOLFO MESQUITA NUNES, “Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da Directiva 2007/66/CE”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, Maio de 2009, Coimbra, páginas 40 e 49 (disponível em [www.cedipre.fd.uc.pt](http://www.cedipre.fd.uc.pt)), MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “Processos urgentes principais – Em especial, o contencioso pré-contratual”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 94, Julho/Agosto de 2012, páginas 43 e seguintes, bem como PEDRO MELO e TIAGO SERRÃO, “Alterações cirúrgicas”, in *Advocatus*, Setembro de 2012, página 27.

Todavia, se esta solução, isoladamente considerada, nos parece bastante positiva, a verdade é que a sua compatibilização com os demais mecanismos suspensivos previstos no projecto de revisão se afigura, no mínimo, problemática.

4.3.1. Desde logo, o projecto de revisão aparenta denotar alguma ingenuidade e falta de conhecimento concreto da *realidade das coisas* no dia-a-dia do foro.

Repare-se que o artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA prevê que a instauração da acção principal “*faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado, se tal não tiver já sido obtido através da adoção de providência cautelar*” (destaque nosso). Esta previsão suscita-nos dois comentários.

Por um lado, sabendo-se que (i) a petição inicial da acção principal tem de ser apresentada em Tribunal no prazo de um mês (cfr. artigo 101.º do CPTA)<sup>50</sup> e que (ii) este prazo vale, tanto para a impugnação de actos meramente anuláveis, como de actos nulos<sup>51</sup>, dir-se-á que, na prática, a instauração da acção produzirá *sempre* o efeito suspensivo previsto no n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, pois nunca ou só muito raramente se obterá uma sentença no processo cautelar no prazo de um mês a contar da data da notificação do acto a impugnar<sup>52</sup>.

Por outro lado, e mais decisivamente, afirma-se que será sempre a instauração da acção principal a determinar a suspensão do acto impugnado, pelo simples facto de que, a partir do momento em que a impugnação contenciosa suspende a eficácia da adjudicação, os interessados deixarão de ter qualquer incentivo para recorrer ao processo cautelar para obter o mesmo resultado. Por este motivo, aliás, é que pelo menos parte da doutrina que propugna a consagração do efeito suspensivo automático da acção principal defende também, em coerência, a eliminação (por desnecessidade)

---

<sup>50</sup> A que acrescerá, eventualmente, um prazo adicional de alguns dias caso seja utilizado um meio de impugnação administrativa (por força do disposto no artigo 59.º, n.º 4 do CPTA) ou tenha ocorrido algum vício na notificação do acto a impugnar, nos termos do preceituado no artigo 60.º do CPTA, conforme agora resulta mais claramente da redacção do artigo 101.º do Código de Processo.

<sup>51</sup> Pelo menos, tal tem sido o entendimento da jurisprudência dominante, ainda que com oposição de parte significativa da doutrina.

<sup>52</sup> Isto, note-se, mesmo que sejam cumpridos todos os prazos legais. Há que ter em conta que, após a notificação do acto, a preparação do requerimento inicial demorará normalmente alguns dias (dependendo da complexidade da matéria), subsequentemente proceder-se-á à citação da entidade requerida e dos contra-interessados, seguindo-se a oposição destas partes (no prazo de sete dias) e só depois a decisão do Tribunal, isto se não tiver de haver lugar à produção de prova testemunhal (a qual é admissível neste tipo de processos, não estando as partes restringidas à mera apresentação de prova documental, como bem decidiu o TCA Sul no seu Acórdão de 25.01.2007, processo n.º 02206/06, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

dos correspondentes processos cautelares<sup>53</sup>. Tendo em conta que, como a experiência prática nos demonstra, os articulados da petição inicial da acção principal e do requerimento inicial do processo cautelar são bastante similares<sup>54</sup>, nenhum interessado se incomodará a lançar mão do processo cautelar (suportando, para mais, os respectivos custos com honorários e taxas de justiça) quando pode obter a suspensão de eficácia através da acção principal – que, em qualquer caso, e sob pena de caducidade do direito de acção, não poderá deixar de ser proposta no curto prazo de um mês<sup>55</sup>. Assim, num contexto de efeito suspensivo automático da acção principal, a manutenção da tutela cautelar não faz muito sentido ou, pelo menos, ficará relegada para os casos em que a acção principal não visa a impugnação da decisão de adjudicação (aos quais o artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA não é aplicável) – casos esses que, como igualmente se retira da prática forense, serão bastante *residuais*, na medida em que, por força do princípio da *impugnação unitária*, regra geral os litígios que se discutem nos processos de contencioso pré-contratual têm por objecto o acto final do procedimento pré-contratual, mesmo que a causa de pedir integre vícios das normas procedimentais ou de outros actos intermédios<sup>56</sup>.

4.3.2. Mas a previsão do novo artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA pode ainda suscitar problemas de compatibilização com o regime do artigo 132.º a um outro nível: admitindo que, por absurdo, o interessado ainda assim desencadeia um processo

---

<sup>53</sup> Neste sentido se pronuncia inequivocamente MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “Processos urgentes principais...”, cit., página 43.

<sup>54</sup> Afirmando, em tom elucidativo, que “a petição inicial da acção principal é um mero copy/paste” do requerimento da providência cautelar, sem invocação dos prejuízos”, cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “Processos urgentes principais...”, cit., página 42.

<sup>55</sup> Tal não seria assim se o projecto de revisão previsse que a instauração do processo cautelar dispensaria a propositura da acção principal, consagrando assim o mecanismo da *inversão do contencioso* previsto no artigo 369.º do novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho (sobre esta figura, cfr. os textos de RITA LYNCE DE FARIA, “Apreciação da proposta de *inversão do contencioso* cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil”, e de PAULA COSTA E SILVA, “Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar”, ambos publicados na *Revista do Ministério Público*, Caderno II 2012 – Debate: “A Reforma do Processo Civil”, respectivamente a páginas 49 e seguintes e páginas 139 e seguintes, bem como LUCINDA DIAS DA SILVA, “As alterações no regime dos procedimentos cautelares, em especial a inversão do contencioso”, in *O Novo Processo Civil – Contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, Caderno I, 2.ª edição, e-book do Centro de Estudos Judiciários, Dezembro de 2013, páginas 129 e seguintes, disponível em [www.cej.mj.pt](http://www.cej.mj.pt)). Não sendo esse o caso e tendo o interessado de propor efectivamente a acção, o recurso à tutela cautelar não lhe traz qualquer vantagem autónoma que aquele não possa obter através do processo principal.

<sup>56</sup> Notando que a maior parte dos processos de contencioso pré-contratual visa precisamente a impugnação da decisão de adjudicação, cfr. SOFIA DAVID, “Dos meios urgentes previstos no Título IV do CPTA: breve reflexão prática sobre o que temos e o que queremos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 94, Julho/Agosto de 2012, página 57.

cautelar (cenário improvável) e que o Tribunal profere decisão nesse processo no prazo de um mês (cenário ainda mais improvável), *quid juris* se a decisão for desfavorável, isto é, de indeferimento das providências requeridas?

Aparentemente, esta questão nem sequer se colocaria, visto enquadrar-se *de pleno* na previsão da norma em causa: como neste caso não teria sido obtido o efeito suspensivo “*através da adoção de providência cautelar*”, a impugnação do acto de adjudicação produziria o efeito suspensivo, tendo sido justamente para essas situações que o artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA foi concebido.

Mas pergunta-se: será mesmo assim? Serão iguais, à luz da lei, as situações em que (i) o interessado apenas intentou a acção principal e não recorreu à tutela cautelar (o que, tanto quanto podemos antecipar, sucederá na esmagadora maioria dos casos), (ii) o interessado fez uso de ambos os meios, mas ainda não foi proferida sentença em qualquer deles (o que sucederá quase sempre, nos casos marginais em que continuem a ser instaurados processos cautelares pré-contratuais), ou (iii) o interessado, quando lançou mão da acção principal, já tinha visto a sua pretensão indeferida no processo cautelar? É certo que, em qualquer destes três cenários, quando é apresentada no Tribunal a acção (principal) de impugnação da adjudicação, a eficácia deste acto não terá sido suspensa “*através da adoção de providência cautelar*”<sup>57</sup>; mas, existindo já, no momento da instauração da acção principal, uma sentença (mesmo que não transitada em julgado<sup>58</sup>) que, no processo cautelar, determinou que os efeitos da decisão de adjudicação não deveriam ser suspensos, fará sentido que o sentido dessa decisão cautelar seja, logo de seguida, esvaziado pelo efeito suspensivo automático da acção principal?

---

<sup>57</sup> Poderá, quando muito, ter sido suspensa, nos cenários (ii) e (iii), por força do efeito suspensivo decorrente da citação da entidade requerida da instauração do processo cautelar, ao abrigo do artigo 128.º do CPTA, aplicável *ex vi* artigo 132.º, n.º 2 do mesmo Código de Processo, mas isso não se afigura determinante, pois a redacção do artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA parece sugerir que a impugnação do acto de adjudicação só não suspenderá os efeitos deste acto se tal resultado já tiver sido obtido através da *adopção* das providências cautelares (ou seja, e por descabido que soe, a impugnação suspende os efeitos da adjudicação *mesmo que estes já se encontrem suspensos por força da citação da entidade requerida no processo cautelar*).

<sup>58</sup> Sublinha-se que, caso num processo cautelar seja proferida sentença desfavorável ao requerente (de indeferimento das providências cautelares requeridas), o recurso jurisdicional interposto desta sentença tem efeito meramente devolutivo, solução que fica agora mais clara com a redacção passará da alínea b) do n.º 2 do artigo 143.º do CPTA, introduzida pelo projecto de revisão, mas que em todo o caso já corresponde à jurisprudência hoje claramente dominante (embora não isenta de dúvidas: cfr., para uma breve enquadramento do problema, o nosso “O efeito dos recursos nos processos cautelares administrativos”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 101/102, Lisboa, Abril/Maio de 2013, páginas 50 e 51, disponível em [www.oa.pt](http://www.oa.pt)).

E se, no momento da instauração da acção principal, ainda não houver sentença no processo cautelar mas esta vem a ser decidida entretanto, negando a tutela cautelar requerida? O indeferimento das providências cautelares terá ou não qualquer consequência quanto ao efeito suspensivo automático já desencadeado pela acção principal?

Sobretudo tendo em conta que, nos dois processos (principal e cautelar), o critério utilizado para decidir pela suspensão automática ou pelo seu afastamento é o mesmo – o da ponderação de danos/interesses<sup>59</sup> –, consideramos que, a ser correcta a interpretação que fazemos do projecto de revisão (no sentido de que, à luz do disposto no artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA, um eventual desfecho desfavorável no processo cautelar será irrelevante para aferir da produção e manutenção do efeito suspensivo automático da acção principal), existirá aqui uma clara incongruência que recomenda que esta solução seja repensada<sup>60</sup>. Até porque não pode esquecer-se que, a par do autor, co-existem neste processo a entidade adjudicante e o adjudicatário, com interesses contrapostos aos do autor e que são igualmente dignos de tutela, não podendo ser pura e simplesmente rasurados<sup>61</sup>.

4.3.3. Todavia, os problemas não terminam aqui.

Pelo contrário, o panorama torna-se ainda mais confuso quando se verifica que, além de o interessado poder recorrer à tutela cautelar e de a acção principal ter efeito suspensivo, o projecto de revisão adiciona ainda uma *terceira via suspensiva*, mais concretamente as medidas provisórias.

---

<sup>59</sup> Com efeito, este critério é o decisivo para (i) aferir se a suspensão operada pela citação do processo cautelar deve ou não manter-se (cfr. a remissão do artigo 128.º, n.º 2 do CPTA para o artigo 120.º, n.º 2 do mesmo diploma), (ii) decidir pelo decretamento ou indeferimento das providências cautelares pré-contratuais (cfr. artigo 132.º, n.º 5 do CPTA, de resto similar ao artigo 120.º, n.º 2) e (iii) decidir pela manutenção ou afastamento do efeito suspensivo automático decorrente da propositura da acção principal [cfr. o artigo 103.º-A, n.º 2 e n.º 4 do CPTA, igualmente com remissão para o artigo 120.º, n.º 2 deste Código de Processo – e, no caso daquela segunda norma (n.º 4), também com remissão para o n.º 1 do artigo 120.º, embora aqui de forma menos clara].

<sup>60</sup> Naturalmente que, caso o legislador siga a sugestão da doutrina e revogue o artigo 132.º do CPTA – o que, porém, em nossa opinião, implicaria alargar o efeito suspensivo automático previsto no artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA a *todas* as acções de contencioso pré-contratual, não reservando este efeito apenas para as acções de impugnação da decisão de adjudicação –, o problema assinalado no texto deixará de se colocar.

<sup>61</sup> No sentido de que “*uma excessiva dilatação temporal da suspensão processual automática (até à decisão de mérito) acabaria por penalizar excessivamente os interesses coenvolvidos, em divórcio manifesto com o escopo da Diretiva*”, pelo que “*Padeceriam nesse caso a Administração (adjudicante) e o cocontratante*”, cfr. LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídica Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2012, páginas 597 e 598.

Assim, dispõe o n.º 1 do novo artigo 103.º-B do CPTA que, “No âmbito de qualquer processo do contencioso pré-contratual urgente, pode ser requerida ao juiz a adoção de medidas provisórias, dirigidas a prevenir o risco de, no momento em que a sentença venha a ser produzida, se ter constituído uma situação de facto consumado, por já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário”<sup>62</sup>, acrescentando de seguida o n.º 2 do mesmo preceito que, “Quando disponha de elementos que o justifiquem, o juiz pode, ouvidas as partes, determinar oficiosamente a suspensão da eficácia do ato impugnado ou a adoção de outras medidas provisórias, para prevenir a constituição de situações de facto consumado”.

Ora, além da discrepância resultante de, em qualquer destes casos, a decisão do Tribunal se nortear pelos critérios *gerais* que presidem ao decretamento das providências cautelares (cfr. artigo 120.º, n.ºs 1 e 2 do CPTA, aplicáveis *ex vi* artigo 103.º-B, n.º 3 do mesmo diploma), e não pelo critério *especial* de decretamento das providências cautelares, previsto no artigo 132.º, n.º 5 do CPTA, deparamo-nos aqui, novamente, com uma difícil articulação (e mesmo sobreposição) entre os vários meios suspensivos que, (porventura demasiado) *generosamente*, o projecto de revisão põe agora ao dispor dos interessados.

Desde logo, a consagração deste mecanismo das medidas provisórias constituirá mais um rude golpe na tutela cautelar propriamente dita, contribuindo para o esvaziamento da utilidade prática do artigo 132.º do CPTA.

---

<sup>62</sup> A concretização do conceito de “situação de facto consumado” feita neste preceito também não nos parece a mais feliz: depreendemos que o projecto de revisão pretenda referir-se às situações em que, por o procedimento já ter sido concluído e culminado numa decisão de adjudicação e na subsequente celebração e execução do contrato, o interessado já não pode retroceder à fase do procedimento pré-contratual e ainda almejar ver a sua proposta ser aí adjudicada. Mas isto (que se presume ser o intuito do projecto de revisão) é ligeiramente diferente de dizer, como se diz no n.º 1 do artigo 103.º-B, que o procedimento já não pode ser retomado “*para nele se determinar quem seria o adjudicatário*”: na verdade, não só nalguns casos (por exemplo, quando o critério de adjudicação adoptado é o do preço mais baixo) é sempre possível determinar quem teria sido o adjudicatário, mesmo sem voltar a reunir o júri, como, além disso, mesmo nas situações em que, justamente por o procedimento pré-contratual não ter sido suspenso, o contrato já se encontra integralmente executado quando é proferida sentença favorável na acção principal, o cálculo da indemnização devida ao autor (nos termos do disposto no artigo 45.º, n.º 1 do CPTA) deverá reflectir aquela que seria a sua posição no procedimento pré-contratual, para efeitos de saber se o autor tem direito a ser indemnizado pelo interesse contratual positivo (caso se consiga determinar que a sua proposta teria sido adjudicada, não fora a ilegalidade do acto impugnado) ou se a indemnização cobrirá apenas a *perda de chance* (caso aquela determinação não seja possível).

O que nos parece resultar do artigo 103.º-B, n.º 1 do CPTA é que as medidas provisórias se destinam a evitar *quaisquer* situações de facto consumado (que impeçam, portanto, a prolação de uma nova decisão de adjudicação, independentemente de se saber ou não quem seria o destinatário dessa decisão), e não apenas as situações em que não é possível determinar a identidade do adjudicatário.

Em segundo lugar, e com mais relevância, sublinha-se que também quanto às medidas provisórias se coloca o mesmo problema já acima suscitado relativamente à compatibilização do processo cautelar com o efeito suspensivo automático da acção principal: é possível ao autor, depois de lhe ter sido negado provimento no processo cautelar e de, em sede de acção principal, a entidade adjudicante ter conseguido obter o levantamento da suspensão automática (ao abrigo do artigo 103.º-A, n.º 2 do CPTA), requerer ao Tribunal a adopção de medidas provisórias precisamente para obter o mesmo efeito suspensivo que já por duas vezes lhe foi expressamente recusado? E, sendo possível, será necessário, para esse efeito, o autor invocar e fazer prova de qualquer alteração de circunstâncias que devesse determinar *agora* a suspensão antes negada, um pouco a exemplo do que sucede nos termos do disposto no artigo 124.º, n.º 1 do CPTA?

Em terceiro lugar, e agora focando-nos especificamente no artigo 103.º-B, n.º 2 do CPTA<sup>63</sup>, interrogamo-nos sobre se pode (e/ou deve) o juiz, officiosamente, determinar a adopção destas medidas provisórias, mesmo quando o interessado não lançou não do processo cautelar e, por hipótese, nem sequer se pronunciou relativamente ao levantamento do efeito suspensivo automático da acção principal, nos termos previstos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 103.º-A do CPTA? Terá esta disposição (artigo 103.º-B, n.º 2 do CPTA) o alcance *paternalista* de permitir que o Tribunal se *substitua* à própria parte interessada?

As dúvidas apontadas espelham, por conseguinte, alguns dos pontos mais controversos que o intérprete pode vir a ser chamado a decidir (com relevantes consequências em termos de aplicação prática) em sede de articulação entre os mecanismos da tutela cautelar, do efeito suspensivo automático da acção principal e das medidas provisórias passíveis de serem adoptadas na pendência desta acção.

5. Em conclusão, verifica-se que, apesar de, aparentemente e sob um ponto de vista estritamente formal, poder parecer que o projecto de revisão do CPTA não traz quaisquer novidades de relevo no que se refere à tutela cautelar pré-contratual, a

---

<sup>63</sup> As diferenças na redacção entre os n.ºs 1 e 2 do artigo 103.º-B do CPTA suscitam-nos a dúvida de saber se estamos perante *dois tipos distintos* de medidas provisórias ou se o n.º 2 apenas concretiza que *as mesmas medidas provisórias* previstas no n.º 1, além de poderem ser requeridas pelas partes, também podem ser adoptadas officiosamente pelo Tribunal, desde que este disponha de todos os elementos necessários para esse efeito.

verdade é que, quer no que mantém intocado, quer no que altera, o mencionado projecto suscita questões relevantes e, em alguns casos, bastante complexas.

Assim, o projecto de revisão continua a prever que o critério para o decretamento das providências cautelares pré-contratuais é o da ponderação de interesses (critério esse que não só é mantido como sai mesmo reforçado, em virtude da revogação do artigo 120.º, n.º 1, alínea a) do CPTA), o que é passível de crítica, na medida em que, como a prática tem demonstrado, a aplicação de tal critério tem conduzido a resultados pouco satisfatórios no que respeita à tutela cautelar dos interessados.

Paralelamente (e algo paradoxalmente), porém, o projecto de revisão oferece um significativo acréscimo de garantias ao requerente, no sentido de assegurar a suspensão do procedimento pré-contratual ou da execução do contrato e, por essa via, impedir a ocorrência de danos irreversíveis na sua esfera jurídica.

Tal acréscimo mostra-se visível, pelo menos, nos seguintes aspectos de regime:

- (i) Na clarificação de que o artigo 128.º do CPTA é aplicável aos processos cautelares pré-contratuais, sendo certo que a nova redacção desta norma, ao prever a eliminação da resolução fundamentada, torna mais difícil à entidade adjudicante obter o levantamento da suspensão da eficácia;
- (ii) Na consagração de um efeito suspensivo automático com a acção principal de impugnação da decisão de adjudicação; e
- (iii) Na previsão da possibilidade de adopção pelo Tribunal (mediante requerimento das partes ou a título oficioso) de medidas provisórias na pendência da acção principal, incluindo a medida de suspensão de efeitos do acto impugnado.

Embora este reforço das preocupações em evitar a criação de situações de “facto consumado” seja de aplaudir, entendemos que o projecto de revisão terá todavia incorrido em *excesso de zelo*, na medida em que consagra um autêntico *arsenal de meios garantísticos* que, além de não ser imposto pelas “Directivas recursos”, irá com toda a probabilidade, como já foi apontado<sup>64</sup> e como tivemos também oportunidade de

---

<sup>64</sup> Também a Associação Sindical dos Juizes Portugueses, em Parecer datado de Março de 2014 e relatado por FERNANDA MAÇÃS e ESPERANÇA MEALHA, se pronunciou em sentido desfavorável ao projecto de revisão do CPTA no que se refere a este “congestionamento” de mecanismos suspensivos, manifestando “*sinceras dúvidas que a correta transposição da Diretiva recursos exija a adopção de tantos mecanismos que só podem vir a criar conflitos sobre o seu sentido e alcance*” (cfr. página 18).

Este Parecer vem mencionado em [www.asjp.pt](http://www.asjp.pt) mas não se encontrava acessível para não associados. No entanto, a pedido meu, a própria Associação teve a gentileza de me remeter uma cópia, pelo que gostaria de deixar aqui

adiantar noutra lugar<sup>65</sup>, colocar ao intérprete/aplicador sérias dificuldades no “casamento” entre todos os mecanismos suspensivos agora previstos.

Nesta linha, louvando-se a intenção do projecto de revisão e alguns dos passos aí propostos no sentido de ir ao encontro de uma tutela jurisdicional (verdadeiramente) efectiva dos administrados (em especial, a atribuição do efeito suspensivo automático à acção principal), considera-se que deverá ser repensada a *forma* através da qual se processará esse avanço, sob pena de as boas intenções não passarem do papel e acabarem por esbarrar no muro da (in)exequibilidade prática.

Lisboa, Maio de 2014

\*\*\*

---

registado o meu público agradecimento à Associação Sindical dos Juízes Portugueses (em especial, nas pessoas da Senhora Dra. MARIA JOSÉ COSTEIRA, Secretária-Geral da Associação, e da Senhora Dra. FERNANDA MARTINS) pela disponibilização do documento citado.

<sup>65</sup> Cfr. o nosso “«Um por todos...» ou «Juntos até que a morte os separe»? Agrupamentos e litisconsórcio no contencioso pré-contratual”, em vias de publicação nos *Cadernos de Justiça Administrativa*, nota 76.