



Lucas Gabriel Matos Lodi

Efeito Suspensivo Automático: paradigmas

Dezembro/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

U



C

Lucas Gabriel Matos Lodi

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Prof. Dr. Pedro António Pimenta Costa Gonçalves

Coimbra, 2017

Resumo

Desde 2015, há uma grande novidade no âmbito do direito processual administrativo: o efeito suspensivo automático. É um incidente processual que está a cargo da lei processual e esta não parece ter ido ao ponto que a lei procedimental foi, no contexto do período *standstill* de natureza procedimental, ao ter considerado todas as vicissitudes inerentes ao mundo da contratação pública, acrescentando-se a isto o “imperioso” carácter urgente que deve salvaguardar-se no processo urgente de contencioso pré-contratual. Desta forma, incidindo sobre os paradigmas e espaços em que a lei processual administrativa não cuidou, mas que, à luz do direito comunitário e do direito nacional que transpôs aquele, é possível curar de certas soluções ou, pelo menos, o levantamento de questões sobre a matéria, nomeadamente a nível do critério de levantamento, da sua natureza, dos prazos de propositura do incidente, entre outros.

Palavras-chave

Natureza do efeito suspensivo automático; pedido de levantamento e natureza; critérios de levantamento do efeito suspensivo automático; duração do efeito; prazo para intentar o pedido; sanção por incumprimento;

Abstract

Since 2015, there is a great newness in the administrative procedural law: the automatic suspensive effect. It is a procedural incident which is, as far as its regulation is concerned, in charge of procedural law, and it does not seem to have gone so far as administrative procedural law was, in the context of the standstill period of administrative nature, having considered all the contingencies inherent in the world of public procurement, adding to it the “imperative” urgency that must be safeguarded in the urgent pre-contractual litigation process. Thus, focusing on the paradigms and spaces in which administrative procedural law did not take care, but which, in the light of European law and the national law that transposed it, it is possible to suggest certain solutions or, at least, to raise questions about the matter, in particular, as regards the criterion of withdrawal, its nature, the time-limits of lodging the incident, and others.

Keywords

Automatic suspensive effect and nature; withdrawal of the automatic suspensive effect and nature; withdrawal criterion; weighting interests; duration for withdrawal; deadline to try request to withdrawal; penalty for non-compliance;

Siglas e Abreviaturas

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CCP – Código dos Contratos Públicos

DL – Decreto-Lei

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

TCA Norte – Tribunal Central Administrativo do Norte

TCA Sul – Tribunal Central Administrativo do Sul

TAF – Tribunal Administrativo e Fiscal

STA – Supremo Tribunal Administrativo

Índice

Introdução	1
Capítulo I	
1. Directivas: visão geral e contexto legal.....	2
Capítulo II	
1. O art. 103º-A do CPTA: o efeito suspensivo automático..	9
1.1. A duração do efeito suspensivo automático	11
1.2. O pedido de levantamento do efeito suspensivo automático: incidente?	11
1.3. A ponderação de interesses: arts. 103º-A, nº 2 e nº4 e 120º, nº2 do CPTA	13
1.3.1. Prova nos termos do art. 103º-A, nº2....	24
1.3.2. Obrigatoriedade de resposta, nos termos do art. 103º- A, nº3?	26
1.4. Prazo para intentar o pedido de levantamento do efeito suspensivo automático	24
1.5. (Eventual?) Sanção por incumprimento do efeito suspensivo automático	26
Conclusão	34
Bibliografia	36
Referências Digitais	37

Introdução

O presente trabalho tem em vista o efeito suspensivo automático, considerando que é uma novidade relevante imanente da revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos de 2015.

Tendo em conta os espaços que a lei processual administrativa não regulou, inversamente do que se depara com a lei procedimental administrativa, o objectivo central é identificar as problemáticas que orbitam a figura do efeito suspensivo automático, abordando as questões que, em redor do mesmo, suscitam nos tribunais e as respostas que os mesmos avançam para estas questões, sendo certo que também se contará com soluções doutrinárias idóneas a solucionar pontos menos claros, como será, por exemplo, a questão do critério da ponderação de interesses, que divide a doutrina, ou, ainda, a questão da eventual sanção ou medida preventiva relativamente ao incumprimento do efeito suspensivo automático.

Inicialmente dar-se-á uma breve contextualização dos diplomas que estão na origem da figura em análise, nomeadamente as Directivas Recursos - Directiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, e a Directiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, tendo em conta a posterior redacção dada pela Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007. A contextualização terá em conta principalmente aspectos histórico-legais, não obstante a invocação que se fará, por toda a exposição, do direito comunitário como direito fundamentador para os espaços “cinzentos” a que nos deparemos, pois o efeito suspensivo automático é uma figura, tal como o contencioso pré-contratual, em cujo regime legal se insere, imanentemente comunitário, daí que a este retornemos como porto seguro às respostas e soluções aplicáveis em face das várias problemáticas que haveremos de abordar.

De resto, irá abordar-se-á, como se disse, as questões invocadas da prática jurisdicional como fim de análise e de aprofundamento do instituto que é importante e fundamental no âmbito da contratação pública, considerando ainda as alterações ao Código de Contratos Públicos a vigorar a partir de 1 de Janeiro de 2018, não esquecendo que os regimes deste Código estão voltados para o regime procedimental, isto é, não actuam directamente a nível processual, seja quanto à relação processual emergente da propositura da acção urgente do contencioso pré-contratual, seja à relação processual emergente do pedido de levantamento do efeito suspensivo automático, o qual será mais destacado.

Capítulo I

1. As Directivas: visão geral e contexto legal

Recuando no tempo, a União Europeia aprovou determinadas medidas quanto à concretização do que era denominado “mercado comum”, sendo aqui relevantes os Programas Gerais de 18 de Dezembro de 1961 e a Declaração Anexa do Conselho¹, dado que deles emanavam directrizes fundamentais das regras jurídicas a aplicar à celebração de contratos públicos que circulavam no mercado comum, não escapando a definição de medidas a adoptar para a sua concretização.

Os objectivos essenciais, ainda hoje presentes, eram os de munir os contratos públicos de uma regulamentação jurídica com o intuito de assegurar que os vários operadores económicos possam movimentar-se no mercado comum, evitando as discriminações, vinculando as entidades públicas a critérios objectivos para seleccionar os contraentes particulares e para avaliarem as suas propostas.

No fundo, quer-se atribuir e garantir a objectividade das decisões públicas, pois estas, inversamente às decisões dos operadores económicos, não se regem por regras de racionalidade económica e implicam sempre, directa ou indirectamente, oscilações no mercado, daí estabelecer-se um conjunto de regras jurídicas que minimizem e controlem essa influência dos Estados-Membros.

Tais medidas surgem com a intenção de prevenir uma intervenção danosa e tendenciosa dos Estados no mercado, mas não se revelaram suficientes, como o Conselho assim o entendeu. Havia ainda que garantir tutela aos particulares cujos interesses fossem obstruídos por decisões que afrontassem os valores comunitários (igualdade, concorrência, não discriminação, etc.). E tal é, v.g., corroborado pelo terceiro Considerando da Directiva 89/665/CEE, onde expressamente refere que os contratos de direito público estão abertos à concorrência comunitária e que isso representa uma necessidade de reforçar substancialmente as garantias de

¹ Cfr. Declaração aprovada na 563ª sessão do Conselho da CEE, Bruxelas.

transparência e de não discriminação; mais se dizendo que se pretende que dessa abertura resultem *efeitos concretos*, ou seja, que existam *meios de recurso eficazes* e céleres numa situação de violação do DUE (seja originário e/ou derivado) em matéria de contratos públicos – e é isto que fundamentará a criação de um regime processual urgente, conhecido como contencioso pré-contratual. Para este efeito, surgiram, portanto, as Directivas-Recursos². É importante notar, todavia, que estas directivas não criam direito substantivo, antes, como acima dito, traduzem um reforço aos meios de recurso existentes no direito comunitário e também no direito nacional de cada Estado-Membro, tal sendo afirmado no Acórdão Comissão/Alemanha, de 11 de Agosto de 1995, Proc. C-433/93, Acórdão Orizzonte Salute, de 6 de Outubro de 2015, Proc. n°C-61/14 e Acórdão Comissão/Áustria, de 24 de Junho de 2004, Proc.nº C-212/02. Tais disposições são meramente componentes de uma pretensão comunitária central (e ainda vigente³) de garantir a efectividade e eficácia do direito comunitário e a tutela dos contraentes privados em relação ao poder das entidades públicas (adjudicantes).

Sendo certo, porém, que estas directivas foram o primeiro passo para o que é hoje o regime jurídico dos contratos públicos, houve, por exemplo, com as Directivas de 2014, um tratamento da questão da corrupção no terreno fértil que é a contratação pública. São as Directivas-Recursos que traçam esta linha orientadora, dado que têm, para além do conteúdo processual, a intenção e função preventiva de estabelecer um contexto fiduciário entre os operadores económicos porque só assim se poderia fomentar a participação destes, bem como, igualmente importante, promover as políticas públicas, concretamente na gestão da receita pública e, novamente, impedir a prossecução de interesses “mais obscuros”, alheios à racionalidade económica presente no mercado dos contratos públicos.

² A Directiva 89/665/CEE é relativa à “*coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e fornecimentos*”, sendo que a Directiva 92/13/CEE é quanto à “*coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitante à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam*” nos sectores especiais, sendo certo que, mais tarde, houve uma troca dos serviços de telecomunicações pelos serviços postais.

³ Como exemplo, o Acórdão Orizzonte.

Um dos grandes feitos decorrentes destas Directivas, especialmente a 89/665/CEE com as alterações introduzidas pela Directiva 2007/66/CE, foi aquilo que se veio designar de “cláusula de *standstill*”, explanada nos artigos 1º, 2º, 2º-A e 2º-C⁴. Todavia, não se cinge a estes artigos, v.g., no Considerando 4 da Directiva 2007/66/CE menciona a inexistência - e daí a sua necessidade - de um prazo suspensivo mínimo para se poder “interpor um recurso eficaz entre o momento da decisão de adjudicação e o da celebração do contrato em causa”, logo justificando a necessidade da cláusula *standstill* como modo impeditivo da “corrida à assinatura do contrato”, sendo ineficazes os contratos que violem este prazo, como expõe o Considerando 18º. Não se esquecendo que a cláusula *standstill* é estruturada, pelo labor do Tribunal de Justiça, na generalizada orientação da garantia da utilidade do efeito do direito comunitário e, por isso, como defende o mesmo Tribunal, é necessário que se preveja um período (o de *standstill*⁵) entre aqueles momentos, visando a possibilidade que o proponente preterido possa analisar a validade, em tempo útil, da decisão de adjudicação em causa – isto é relevante, pois é daqui que se parte para a acção urgente de contencioso pré-contratual.

É de notar, ainda, como afirma CLÁUDIA VIANA⁶, que a origem da cláusula *standstill* é, pela primeira vez, figurada no anterior artigo 56º da Lei-Modelo de 1994 pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.

A Autora acrescenta que o período *standstill* é de duas naturezas: procedimental e processual. A primeira parte da entidade adjudicante porque notifica a decisão de adjudicação, sendo o prazo decorrente deste momento até ao momento da celebração do contrato; o segundo prazo estende o primeiro prazo até decisão definitiva pelo tribunal. De todo o modo, conclui a Autora que é assim devido à concretização do direito comunitário que, entre outras motivações, é, neste

⁴ Atente-se para as excepções do seu artigo 2º-B conjugado com o artigo 2º-D (relacionado este último com o Considerando 26 da Directiva 2007/66/CE).

⁵ Que são 10 dias, como mencionado no art. 104º/1-a) *ex vi* art. 77º/1 CCP; partindo, mais concretamente, todavia não só, do art. 2º-A/2, 1º parágrafo da Directiva 89/665/CEE na redacção dada pela Directiva 2007/66/CE.

⁶ VIANA, Cláudia, “A conformação do processo administrativo pelo Direito da União Europeia: o caso paradigmático da cláusula de *standstill* nos contratos públicos”, in *Comentários à revisão do CPTA e do ETAF*, Coordenação Carla Amado Gomes e outros, AAFDL, 2016, 2ª edição, p. 136.

caso, destinado a evitar a “corrida à assinatura do contrato” e que este se venha a executar.

Desta feita, é daqui que surge a necessidade de uma regulamentação processual nos EM, incluindo a cláusula *standstill* (apesar de natureza mista), tal como, mais especificamente, vem nos Considerandos 13º, 21º a 27º da Directiva 2007/66/CE, onde se fala da importância da “privação de efeitos” de um contrato resultante de adjudicação ilegal por ajuste directo que deve ser “confirmada por uma instância de recurso independente ou resultar de uma decisão dessa instância”; menciona-se que o objectivo desta privação de efeitos é impedir a execução do contrato, incluindo, por isto, os direitos e obrigações constantes do mesmo, estando a cargo dos EM estabelecer as consequências jurídicas desta “privação de efeitos”; é, nesta linha, que a Directiva sugere consequências jurídicas, ditando que deve existir “sanções rigorosas” em caso de execução contratual “integral” ou quase integral. Nos Considerandos 22º a 27º tem-se, portanto, em atenção princípios de segurança jurídica e da proporcionalidade que devem estar presentes neste reforço da eficácia do recurso em cada EM.

Assim sendo, não cabe aqui, nem agora, incidir individualmente pelas transposições de 1998 e 2003, que transpôs a Directiva 89/665/CEE; as de 1999, que transpõem as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, cuja lei que transpôs continha soluções contrastantes; nem as de 2008, que transpõem as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, incluindo as alterações da Directiva 2007/66/CE; a de 2015, transpondo as exigências relativas à cláusula *standstill*; certo parece, ainda, que a transposição das Directivas 23, 24 e 25 de 2014 será em breve.

Com isto, importa, por ora e por último, avançar para a revisão do CPTA, partindo do Decreto-Lei nº 214-G/2015, de 2 Outubro, transpondo a Directiva 2007/66/CE. Em primeiro lugar, há que invocar o ponto 5.2 do preâmbulo do DL porque menciona expressamente o que respeita ao contencioso pré-contratual, nomeadamente, fazendo ligar o âmbito de aplicação do contencioso àquilo que as Directivas de 2014 prevêm e regulam; menciona especificamente as dificuldades que os Tribunais tinham quanto ao regime da cumulação de pedidos, quanto ao

regime da modificação do objecto do processo e quanto ao “contencioso de impugnação do programa e demais documentos conformadores do procedimento pré-contratual; menciona o efeito suspensivo automático; por último, menciona o novo regime das medidas provisórias. Este diploma altera, entre outros, o CPTA, o ETAF e o CCP. Sendo assim, no que respeita ao regime do contencioso pré-contratual, o Anteprojecto de Revisão do CPTA contém certas inovações: a) o alargamento do âmbito de aplicação da acção administrativa urgente de contencioso pré-contratual às acções de condenação à prática do acto devido (actual artigo 100º/1 CPTA); b) alargamento do âmbito de aplicação deste regime aos actos administrativos relativos de contratos de concessão de serviços⁷ (art. 100º/1, 2ª parte CPTA); c) regulação autónoma dos processos de impugnação dos documentos conformadores do procedimento; por último e mais importante para o que a nós interessa, introduz o efeito suspensivo automático, bem como o regime de medidas provisórias.

E é acerca do efeito suspensivo automático que urge tratar. Este efeito é o período de *standstill* de natureza processual que acima de referiu e é diverso do de natureza procedimental, pois, para além da diferença de natureza, não se lhe incumbe respeitar quaisquer excepções, como acontece com o período de *standstill* de natureza procedimental, designadamente adoptados nos arts. 104º e 95º do CCP. Por isto, pode dizer-se que se aceita o período suspensivo processual sem qualquer “prévia avaliação, condicionamento ou restrição”⁸, o conseqüentemente leva a que qualquer interessado possa impugnar o acto de adjudicação e isso representar automaticamente a suspensão deste, dada com a citação da entidade adjudicante demandada, apesar de estar ou não – é indiferente – perfeitamente possibilitada a celebrar ou executar o contrato. É neste âmbito que surge relevante a referência ao art. 2º/3 da Directiva 89/665/CEE na redacção dada pela Directiva 2007/66/CE, em conjugação com o 12º Considerando do mesmo diploma, pois o prazo suspensivo

⁷ Ficando de fora as concessões de exploração, de uso privativo do domínio público, a concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar e, ainda, contratos como os de alienação e aquisição de bens imóveis pela AP, como bem repara o Professor VIEIRA DE ANDRADE – VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “A Justiça Administrativa”, Almedina, 2016, 15ª edição, p. 240, nota 564.

⁸ VIANA, Cláudia, “A conformação do processo administrativo pelo Direito da União Europeia: o caso paradigmático da cláusula de *standstill* nos contratos públicos”, in *Comentários à revisão do CPTA e do ETAF*, Coordenação Carla Amado Gomes e outros, AAFDL, 2016, 2ª edição, p. 147.

pode cessar, caso os EM assim o estabeleçam no seu direito interno, “quando a instância de recurso tomar uma decisão sobre o pedido de decretamento de medidas provisórias, nomeadamente uma nova suspensão da celebração do contrato,” ou “quando a instância de recurso tomar uma decisão sobre o mérito da causa, especialmente sobre um pedido de anulação de uma decisão ilegal”. Isto está em linha com o que o legislador europeu pretende e isto é, mesmo no contexto da execução contratual, a garantia e respeito pelas regras pré-contratuais⁹, sendo certo que, aqui, o legislador europeu compatibiliza um conjunto tricotómico de interesses, que são o da empresa lesada, o da entidade demanda e a empresa adjudicada, cujo artigo 2º-D/4 da Directiva 89/665/CEE com a redacção dada pela Directiva 2007/66/CE excepciona¹⁰, tanto que tal privação de efeitos pode reconduzir a efeitos consideravelmente nocivos para a relação contratual, designadamente perdas económicas¹¹. Portanto, daqui surgem críticas que não se apontam para o período *standstill* de natureza procedimental, pois este parece estar melhor ou mais regulado no que concerne a adaptar-se às contingências do mercado dos contratos públicos. Por outras palavras, o efeito suspensivo processual é indiferente quanto à fase anterior à celebração do contrato, após esta, na fase da sua execução ou ainda, em casos-limite, quando o contrato já está integralmente executado. Esta indiferença a que fase está o contrato pode implicar que o contraente privado lesado renuncie a intentar a acção, por considerar lhe ser mais prejudicial ou desvantajoso intentar a acção urgente do que, v.g., propor acção contratual (não urgente), visando a impugnação do contrato inválido.

Ulteriormente, pode deixar-se estas notas breves quanto ao que precede ao regime do (novo) contencioso pré-contratual e os princípios, bem como as finalidades, que com ele estão apensadas. O que cabe agora, sem interligar com o

⁹ Cfr. 3º Considerando da Directiva 2007/66/CE

¹⁰ Atente-se que vem escrito, pelo Tribunal de Justiça, que a empresa lesada tem direito a poder instaurar um processo urgente pré-contratual, visando a anulação do contrato celebrado ilegalmente - acórdão *Fastweb*, de 11 de Setembro de 2014, Processo nº C-19/13, parágrafo 44, in www.curia.europa.eu.

¹¹ A Professora CLÁUDIA VIANA, na obra já citada, defende mesmo que o efeito suspensivo do contrato deverá cingir-se somente às situações de ajuste directo ilegal, tendo por base a exclusividade que, nas Directivas-Recursos, se faz a este procedimento e que, nos contratos públicos de elevado valor, se “compromete” o direito da União Europeia, chegando ao ponto de suscitar a responsabilidade dos EM. Contudo, ainda não é o que adopta o Estado Português.

acima descrito, é passar para a novidade mais importante inserida neste regime processual, designadamente o efeito suspensivo automático.

Capítulo II

1. O artigo 103º-A do CPTA: o efeito suspensivo automático

Como bem identifica VIERA DE ANDRADE¹², há várias questões que a jurisprudência deve resolver, nomeadamente a questão do conflito entre os critérios da gravidade do prejuízo e da clara desproporção das consequências que lesem os interesses envolvidos com o princípio da “*prevalência do interesse preponderante no caso concreto*”; a incompatibilidade entre o critério do nº4 do art. 103º-A com a remissão que o nº2 do mesmo artigo faz para o art. 120º, nº 2 do CPTA; pode-se, por último, invocar alguma reticência entre o recurso do artigo 120º/2 e 103º-B/3 do CPTA, tendo em conta que, desde logo por o contencioso pré-contratual ser urgente, não será conveniente decorrerem processos cautelares, mas antes que, dentro do processo urgente, haja a decorrência do (também novo) incidente – aqui expressamente referido como tal pela lei – do art. 103º-B.

Contudo, antes de se tratarem tais questões, necessário é, agora, abordar o art. 103º-A do CPTA.

Nesta medida, é hoje possível, ao impugnar-se actos de adjudicação no contexto do contencioso pré-contratual urgente, fazer suspender-se os efeitos automaticamente do acto impugnado ou a execução do contrato, caso já tenha sido celebrado. Este é o texto do art. 103º-A/1 do CPTA.

Este efeito suspensivo é uma “opção autónoma do legislador nacional”¹³, sendo que daqui justifica-se o disposto na parte final do nº1 do art. 103º-A, no que

¹² VIERA DE ANDRADE, José Carlos, *A Justiça Administrativa*, Almedina, 15ª edição, 2016, p. 246.

¹³ ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 3ª edição, 2017, p. 139. No tocante a ter sido uma pura escolha do legislador nacional, quanto à automaticidade do efeito, ver a alternativa proposta em ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos, *in CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p. 20 e, na mesma página, nota 19 – não se deixando em branco, porém,

se refere à suspensão da execução do contrato. Esta suspensão, como já mencionado, produz-se por força da lei e é accionada pela citação da entidade demandada e/ou dos contra-interessados¹⁴, pois é a partir desta citação¹⁵ que a entidade demandada torna-se obrigada legalmente a não dar continuidade ao procedimento¹⁶.

Importa notar que, para se suspender *ope legis* os efeitos do procedimento, é necessário que o objecto da impugnação seja o acto de adjudicação, caso contrário, o efeito não se dá e resta a possibilidade de requerimento das medidas previstas no art. 103º-B, consistindo basicamente numa tutela cautelar específica no contexto do contencioso pré-contratual e só neste aplicável – adiante dedicaremos-lhe a devida atenção.

Desta forma, surge a questão¹⁷: como se poderá suspender o procedimento imediatamente, no âmbito de um concurso público, quando haja sido impugnada a decisão de exclusão de uma proposta ou, quando seja escolhida a fase de negociação das propostas¹⁸, a decisão de não passar a esta fase? Ou, ainda, como se poderá alcançar a suspensão do procedimento quando, num procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, impugne-se a decisão de excluir uma candidatura ou a decisão de não selecção¹⁹? Não são actos de adjudicação que estão em presença e, a não ser que haja simultaneidade da impugnação da decisão de exclusão ou de

que esta opção do legislador está em consonância com o que obrigava o disposto das Directivas-Recursos, sobrando pouco espaço para o legislador elaborar uma normatividade diferente.

¹⁴ MELO, Pedro, CORDEIRO, Maria Ataíde, “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, ”, *in* *Comentários à revisão do CPTA e do ETAF*, Coordenação Carla Amado Gomes e outros, AAFDL, 2016, 2ª edição, p. 671.

¹⁵ Arts. 81º/1 e 97º/1 do CPTA e 562º e 226º do CPC, bem como 227º do CPC.

¹⁶ Para exemplos, veja-se ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos, *in* *CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p.19, 1º parágrafo. Levanta a questão, ainda, de, levantado o efeito, se se retoma os prazos ou se se iniciam “do zero”, concluindo, por motivos “de clareza e segurança”, pela hipótese do início da contagem dos prazos, ou seja, por aquela segunda alternativa. Isto é relevante para, aquando da iniciação do procedimento, o que já havia sido prestado antes do efeito ter tido lugar encontra-se definitivamente prestado para todos os efeitos, isto é, o que sucedeu antes do efeito é definitivo e não se tomam como incumpridas, pois, como refere este Autor, “o procedimento suspende-se para diante”.

¹⁷ MELO, Pedro, CORDEIRO, Maria Ataíde, “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, ”, *in* *Comentários à revisão do CPTA e do ETAF*, Coordenação Carla Amado Gomes e outros, AAFDL, 2016, 2ª edição, p. 673 e notas 42 a 44.

¹⁸ Art. 149º/1 CCP.

¹⁹ Arts. 164º/1-m), ii) e 181º CCP.

não selecção com a decisão de adjudicação, a solução que se pode encontrar é a de que se lance mão das medidas provisórias, requerendo respectivamente ao juiz, para que se evite “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”²⁰. Seguro é que se possa, quando tomada a decisão de adjudicação e dela se tiver tomado conhecimento, ampliar o objecto do processo à impugnação da decisão de adjudicação²¹ e, assim, beneficiar do efeito suspensivo automático²².

1.1. A duração do efeito suspensivo automático

Do art. 103º-A, nº1 do CPTA não se consegue, à partida, retirar qual o período de tempo que dura a paralisação dos efeitos do acto de adjudicação ou do contrato, somente indicando que faz-se automaticamente suspender os efeitos desse acto ou contrato. Tendo por base o art. 2º, nº3 da Directiva de 2007/66/CE, já atrás referida, é possível retirar-se que o efeito suspensivo visa garantir que a entidade adjudicante não celebre o contrato antes de o tribunal haver decidido sobre o pedido impugnatório do acto de adjudicação. Portanto, a conclusão lógica é a de que o efeito suspensivo mantém-se na pendência da acção administrativa de contencioso pré-contratual, sendo que extingue-se quando haja decisão definitiva do tribunal.

1.2. O pedido de levantamento do efeito suspensivo automático: incidente?

Uma questão prévia para o tratamento das seguintes particularidades deste aspecto é saber se o pedido para se levantar o efeito é um incidente ou não, visto que a lei absteve-se de clarificar, ao contrário do art. 103º-B do CPTA.

²⁰ Art. 103º-B, nº1 CPTA.

²¹ MELO, Pedro, CORDEIRO, Maria Ataíde, “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, ”, *in Comentários à revisão do CPTA e do ETAF*, Coordenação Carla Amado Gomes e outros, AAFDL, 2016, 2ª edição, p. 680.

²² Com o art. 103º-B é, por um lado, possível a suspensão (sem mais) da execução da decisão impugnada, que não seja a de adjudicação, e também do procedimento de adjudicação, sendo que, por outro lado, dado que não existe prazo para a pronúncia das medidas provisórias, as mesmas podem ser decididas tanto célere como morosamente. Isto é reconhecido por PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, na obra já citada, onde afirmam que “pode suceder que o acto de adjudicação venha a ser praticado e que, nesse momento, ainda não haja uma decisão sobre determinado pedido de adopção das medidas provisórias”.

Doutrinalmente, o pedido de levantamento é considerado explicitamente como incidente por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, defendendo que “é um ato de iniciativa processual”, deduzindo-se uma pretensão que acciona “um incidente”, portanto, exclui-se ser um acto processual enxertado²³ na tramitação do processo do contencioso pré-contratual – não lhe sendo aplicável o prazo previsto no art. 102º/3-c) CPTA²⁴.

É universalmente pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, que o pedido de levantamento é uma peça processual²⁵ e o é com base no *ónus* que incumbe aos interessados de “determinar o momento em que sentem a necessidade de fazer valer a sua pretensão, em função das circunstâncias, que podem ser, aliás, evolutivas”²⁶. A base legal é radicada no Código do Processo Civil, respectivamente nos artigos 3º/1, 5º/1, 293º/1, 410º e 414º e, para além do art. 103º-A/2 CPTA, o artigo 342º, nº1 do Código Civil, onde se reitera precisamente o *ónus* de se provar os factos constitutivos do direito que se alega quando se invoque esse mesmo direito. Ora, isto mesmo pode concluir-se pelo texto do nº2, do art. 103º-A do CPTA, pois estatui que se “pode” – e não que *deve* – pedir-se ao juiz que se levante o respectivo efeito suspensivo, pondo, logo a seguir, a condição de que, para esse pedido proceder, *deve* – agora sim – alegar os factos constitutivos do grave prejuízo para o interesse público ou a clara desproporção das consequências lesivas para interesses em causa resultantes da manutenção da suspensão de execução do acto impugnado ou do contrato.

Em suporte do que se acaba de afirmar, o Acórdão do TCA Sul de 24 de Novembro de 2016, Proc. nº 13747/16, refere que “o levantamento do efeito suspensivo automático depende da verificação cumulativa dos [...] requisitos [da] alegação e prova de grave prejuízo para o interesse público ou de consequências

²³ Na verdade, o incidente corre nos próprios autos, mas tramita autonomamente, nos termos do art. 103º-A, nº3 CPTA, e é permitido recurso jurisdicional da decisão proferida sobre este incidente, de acordo com o disposto no artigo 644º, nº1-a), *in fine* CPC, seguindo, em regra, com efeito suspensivo, como prescrito no art. 143º, nº1 do CPTA.

²⁴ Para uma explícita definição do que é o pedido de levantamento, veja-se o Acórdão do TAF do Porto de 09/06/2017, Proc. nº 01992/16.3BEPRT,

²⁵ Expressão do acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte de 11 de Maio de 2017, Processo nº02296/16.7BELSB.

²⁶ ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo*, cit., 2017, 3ª edição, p. 396.

claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos [e da] ponderação de todos os interesses em presença segundo critérios de proporcionalidade”. E quanto ao requisito da alegação e prova, é insuficiente, note-se, que se alegue um mero prejuízo ou somente consequências lesivas desproporcionadas, pois o legislador atendeu ao facto de, desde logo, o efeito suspensivo automático, vigorando, implicar a sua inamovibilidade face esses prejuízos não qualificados – de todo o modo, é um ponto a abordar adiante.

Face ao exposto, afirmamos como incidente a qualidade do pedido de levantamento do efeito suspensivo automático.

1.3. A ponderação de interesses: arts. 103º-A, nº2 e nº4 e 120º, nº2 do CPTA

Tendo-se esclarecido a natureza do pedido de levantamento, necessário é, por ora, abordar uma questão mais sensível: os critérios de levantamento do efeito suspensivo automático. Atendendo sempre que este efeito tem (em parte) uma correlação com o regime cautelar, o objectivo é o de avançar a tentativa de clarificar algumas problemáticas que a doutrina e a jurisprudência, no âmbito deste ponto, assinalam e expressam a sua incerteza.

Como tal, é sobre os arts. 103º-A, nº2 e nº4, bem como o art. 120º, nº2 do CPTA, que nos havemos de debruçar neste ponto, alcançando o regime da conjugação destas normas, se assim se entender possível, ou se, inversamente, os artigos são antónimos ou incompatíveis de concretamente se aplicarem.

Desta forma, o próximo passo é, para o efeito da alegação dos factos, saber, como identifica RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA²⁷, se se deve ter em conta, na ponderação de interesses, os interesses das partes no caso em concreto, ou se se deve permitir à entidade demandada e/ou contra-interessados poder invocar pura e simplesmente a danosidade que resulte da manutenção do efeito, qualquer que seja esse dano.

²⁷ ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos”, *in CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p. 24.

Em primeiro lugar, é assinalado pela doutrina que os conceitos presentes no art. 103º-A²⁸ servem, *em regra*, como “limites absolutos” e que tal conflitua com o “princípio da prevalência do interesse preponderante no caso concreto”. Com efeito, é necessário sempre ter em conta que todo este regime é fundado no objectivo do “efeito útil” da sentença, sendo demandado pelas Directivas-Recursos que seja proibido a celebração de contrato pela entidade demandada e o adjudicado até que se tenha tomado uma decisão acerca do objecto do processo urgente, salvo vicissitudes, que o próprio art. 103º-A expressa, que excepcionam a manutenção do efeito. A dúvida está no critério que se possa lançar mão, tendo em conta o disposto do nº2 e nº4 do respectivo artigo.

Sendo assim, por um lado, e partindo da remissão do art. 103º-A, nº2, *in fine*, para o critério do art. 120º, nº2 CPTA, o critério da ponderação de interesses públicos e privados deve resultar na escolha por aquele que represente menor prejuízo ou danosidade, ou ainda, por outras palavras, “o mal menor” – isto vai no sentido, como se expressa no Acórdão do STA de 12 de Fevereiro de 2009, Proc. nº 1070/08, de, no art. 120º/2, tratar-se de uma “operação analítico-comparativa”, o que, no âmbito da ponderação dos interesses para o levantamento do pedido, é o primeiro passo, é uma comparação de interesses baseada em factos concretos e, ainda assim, não é um juízo materialmente igual ao que prevê no nº4 do art. 103º-A em sintonia com o seu nº2.

Em conjugação com o nº4 do art. 103º-A, o incidente de levantamento é procedente se dessa ponderação resultar que o interesse público é preferente, isto é, que o “mal maior” é sinal da manutenção do efeito suspensivo automático e, portanto, deve-se afastá-lo, dando razão ao autor do requerimento do incidente. Só assim se cumpre o regime disposto na lei, pois o nº2 do art. 120º empresta o seu critério e o nº4 do art. 103º-A especifica o resultado dessa ponderação no contexto do contencioso pré-contratual, tendo presente que a mera contraposição de danos²⁹ é insuficiente, pelo menos face o regime especial do contencioso pré-contratual. O

²⁸ Respectivamente, o grave prejuízo para o interesse público ou a origem de danos claramente desproporcionados aos interesses envolvidos.

²⁹ E não de meros interesses. Neste sentido, ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou...”, *in CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p. 23.

papel do nº2 do art. 103º-A é prever esse *iter* aplicativo, como que tendo uma natureza de resguardo, no sentido em que os danos a considerar irão ser danos susceptíveis de integrar os dois requisitos neste nº2, sendo relevante no que respeite à identificação das razões pelas quais se considera procedente ou improcedente o incidente suscitado, tudo começando pelo critério de ponderação dos interesses do art. 120º/2 que serve como critério geral e prévio, só depois seguindo para o nº4 do art. 103º-A em consonância com o nº2 do mesmo artigo³⁰, estabelecendo-se um “duplo grau de exigência”³¹.

O que se pretende significar, acima de tudo, é que tem de se proceder a uma interpretação conforme ao Direito comunitário e, especialmente, ao resultante das Directivas-Recursos. Ora, se destas directivas resulta que, para ser levantado o efeito, tem de se ter *todos* os interesses que potencialmente sejam alvos de dano ou de consequências lesivas desmesuráveis, então o que sucedeu foi uma mera transposição, ou seja, tudo sugere que se deve ter em conta todos os interesses em causa, ainda que não coincidam com os conceitos legais no art. 103º-A, nº2. Por outro lado, o que a isto obsta, a nosso ver, sem violar o princípio da interpretação conforme – a urgência é uma exigência do legislador europeu –, é a natureza do processo que, apesar de principal, é urgente e, no âmbito contratual público, a urgência é um valor altamente prezado e tutelado pelo direito nacional e, antes deste, pelo direito comunitário. Por ventura, admitir uma solução como esta “seria um sistema equilibrado”³², porém seria contraproducente e até lesivo para os fins, princípios e objectivos comunitários que radicam todo o direito dos contratos públicos que se funda, entre outros, no fomento, em particular, das liberdades e direitos dos operadores económicos – sufragando sobretudo uma tutela processual imediata ou, pelo menos, célere em favor dos concorrentes/proponentes preteridos com base numa adjudicação ilegal. Aditando-se ainda que, como supra referido, em caso de dúvida sobre a realidade de um facto, este resolve-se contra a parte que

³⁰ Neste sentido, veja-se o Acórdão do TCA Sul de 14 de Julho de 2016, Proc. nº 13444/6.

³¹ Acórdão do TCA Sul de 4 de Outubro de 2017, Proc. nº 1329/16.1BELSB.

³² ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou...”, in *CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p. 24.

retira os benefícios³³, portanto, a entidade demandada e contra-interessados, para o que aqui interessa.

Deste modo, se a tutela processual, no contexto específico do efeito suspensivo automático, funda-se na utilidade final e definitiva da sentença e, conseqüentemente, do recurso jurisdicional do operador económico, então deve ter-se em conta os interesses somente envolvidos no processo, cuidando da urgência deste, dado estar submetido a outras tantas contingências inevitáveis de protelamento do mesmo.

De outro modo, também sugerido, é a elaboração do art. 103º-A à semelhança da lógica do disposto no art. 128º CPTA. Para nós, não seria adequado porque, em primeiro lugar, o art. 103º-A tem um regime mais exigente do que a mera alegação dos factos, pois, para além desta, acresce o ónus de os provar; em segundo lugar, o art. 128º, relativamente à resolução fundamentada, presume a favor da entidade pública, ao passo que, no art. 103º-A, há uma presunção contra a entidade adjudicante, visto que o fim do regime é, salvo menção de outros, o impedimento da “corrida à assinatura do contrato” e, em consequência, evitar “o facto consumado”^{34 35}. Atente-se que não se quer afirmar, com isto, que a estrutura do art. 128º não se assemelhe ao do art. 103º-A, apenas materialmente não é adequado ter tal referência face a um regime especial como o do contencioso pré-contratual.

A esta questão está associada uma outra: a interpretação do art. 103º-A do CPTA dispensa o Tribunal de proceder à ponderação dos interesses em causa quando ele entenda que o julgamento do incidente apenas é possível com base em factos de conhecimento oficioso, na experiência comum e na lógica corrente? Por outras palavras, será possível que a interpretação que aqui foi alcançada acerca do art. 103º-A, no tocante à ponderação dos interesses, afasta a possibilidade dessa mesma ponderação quando esta incida apenas sobre factos de conhecimento

³³ Art. 414º do CPC.

³⁴ ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou...”, *in CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p. 24 e veja-se o acórdão do TCA Sul de 24 de Novembro de 2016, processo nº 13747/16.

³⁵ Veja-se, por exemplo, o Acórdão do TCA Sul de 28 de Outubro de 2010, Proc. nº 06616/10.

oficioso? Antes de abordar esta questão, é necessário assinalar um aspecto relevante. Não esquecendo o fim ou objectivo do efeito suspensivo automático e o disposto no art. 103º-A/1, há um regime resultante dos nºs 2 e 4 do art. 103º-A e, como bem se coloca no acórdão do TCA Sul de 24 de Novembro de 2016, Proc. nº 919/16.7BELSB, “1º- O “*critério decisório*”, ou melhor, a metodologia decisória do juiz passa pela ponderação racional e expressa, num juízo de prognose, de todos os interesses em presença e de todos os danos respetivos (sem os qualificar ou “agravar”, à partida, uns em relação a outros), com base nos factos provados no incidente e à luz da máxima metódica da proporcionalidade (com os seus três testes ou exames: adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade, proporcionalidade em sentido estrito ou equilíbrio [...].);

2º- Os dois pratos da balança do juiz, para ponderação ou sopesamento, são constituídos, (i) num lado, pelos prejuízos a causar pela continuação do efeito suspensivo automático e, (ii) por outro lado, pelos prejuízos a causar pela retoma do prosseguimento do procedimento pré-contratual na fase pós-adjudicatória;

3º- O juiz decidirá levantar o efeito suspensivo da interposição da ação (iniciado com a citação da entidade pública demandada) se - e só se – concluir que os prejuízos que resultarão da manutenção do efeito suspensivo se mostram claramente superiores aos prejuízos que possam resultar da retoma do prosseguimento do procedimento pré-contratual na fase pós-adjudicatória.”³⁶.

Deste modo, ao juiz é permitido – e deve sempre ser possibilitado – uma liberdade tão ampla quanto necessária e adequada para que possa englobar os “interesses suscetíveis de serem lesados”³⁷ ou “os interesses públicos e privados em presença”³⁸ na apreciação concreta e real que o caso em juízo às suas capacidades lhe demanda. Neste sentido, o juiz deve, antes da respectiva ponderação dos interesses, aferir se “a situação invocada pela entidade demandada para afastar o efeito suspensivo se apresenta como uma situação excecional, dado que, para as

³⁶ Veja-se também, por exemplo, o Acórdão do TCA Sul de 24 de Novembro de 2016, Proc. nº 13747/16.

³⁷ Art. 103º-A, nº4 CPTA.

³⁸ Art. 120º, nº2 CPTA.

*situações regra, isto é, aquelas em que o interesse público é sempre afetado porque a mera suspensão impede a satisfação da necessidade aquisitiva, já a lei determinou o efeito suspensivo automático.”*³⁹. Portanto, como se trata de uma alegação e prova de um facto ou factos cuja consequência seja um prejuízo excepcional e qualificado, bem como que só à entidade demandada e contra-interessados aproveitará, deve-se então concluir por uma resposta negativa, isto é, que o juiz, apesar de só apreciar os factos, se e quando estes o chegarem officiosamente, deve manter o efeito suspensivo automático quando das partes não surja nenhuma prova do “excepcional” prejuízo, pois, como resulta do excerto do referido acórdão, as situações-regra de prejuízo para o interesse público já estão predispostas pela lei nacional e, logicamente, da comunitária. Deste modo, se a entidade demandada não vê possível alegar e provar um facto que traduza esse excepcional⁴⁰ prejuízo – e da norma se verifica as expressões concludentes de “excepcional” e “claramente” - é porque ele não existe e, não existindo, é porque não faz sentido levantar o efeito suspensivo automático, mantendo-se o interesse privado resguardado e “*deve o pedido [de levantamento] ser liminarmente indeferido*” sem mais. Aliás, “o dever de alegar e provar os atinentes factos estruturantes que corporizem a conclusiva e superficialmente alegada situação, da qual se pudesse inferir que o diferimento da execução do acto é gravemente prejudicial para o interesse público invocado, já que essa específica matéria não é susceptível de apreciação e julgamento assente apenas em factos de conhecimento officioso, na experiência comum, na lógica corrente.”⁴¹

Note-se que, com isto, não se pretere o interesse público, pois é perfeitamente em cumprimento e em favor a este que se quer acautelar o interesse de não se adjudicar ilegalmente, é em prol da legalidade e, por isso, do interesse público, em não se desrespeitar as regras (nacionais e comunitárias) de contratação pública, sendo, portanto, em linha com aquilo que o regime do art. 103º-A prescreve. Além disto, preserva a urgência do processo, até porque não faria sentido

³⁹ Novamente, do Acórdão do TCA Sul de 24/11/2016, Proc. 13747/16.

⁴⁰ Resulta claramente do Considerando (24) que o interesse económico ligado ao contrato não constitui “overriding reason” (na tradução portuguesa, “razão imperiosa”) para se afastar a privação dos efeitos.

⁴¹ Acórdão do STA de 26 de Janeiro de 2017, Proc. nº 031/17.

averiguar um facto ou factos que se tenha dúvida sobre a sua excepcional gravidade para o interesse público, tal representaria uma demora que gravemente afectaria o processo. A gravidade do prejuízo de manutenção do efeito deve, em abstracto, resultar de si próprio, ou seja, é da sua natureza, se é excepcional, ser clarividente que é prejudicial⁴², o que fica a cargo da entidade é o alegar e invocar factos concretos e provas sólidas de que, para o caso concreto, há um grave prejuízo e não somente um prejuízo de qualquer outra natureza ou gravidade que o art. 103º-A, nº4 assume suportar⁴³.

Pode, inclusivamente, ter-se dúvidas quanto à constitucionalidade, na linha do mesmo acórdão, dos arts. 120º, nº2 e 103º-A, nº4 do CPTA quando se interprete que deles resulta “*apenas [a exigência de] um exercício de ponderação de interesses e não também um prévio juízo de verificação da excecionalidade da situação invocada como pressuposto próprio e autónomo (e prévio à) da ponderação, por violação do direito constitucional a uma tutela jurisdicional efetiva previsto no artigo 268.º n.º 4 da CRP*”.

Nesta perspectiva, como afirma MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “não deve [...] entender-se que o levantamento do efeito suspensivo depende apenas da comparação de danos, hipótese na qual ao juiz apenas competiria optar pela solução que provocasse menores danos”, concluindo que uma resposta neste sentido levaria “a que o efeito suspensivo automático fosse levantado sempre que os prejuízos dele decorrentes para o interesse público e para os interesses dos contrainteressados

⁴² Neste sentido, expressa-se no Acórdão do TCA Sul de 04 de Outubro de 2017, Proc. nº 1904/16.4BELSB-A, que o não fornecimento de Gás a 50 de 172 veículos destinados à recolha de resíduos sólidos devido à impugnação do acto de adjudicação, accionando o efeito suspensivo automático, implica um prejuízo para o interesse público mas não um “prejuízo anormal, extraordinário”, aplicando antes o disposto do art. 103º, nº2 do CPTA, quanto à impugnação dos documentos conformadores do procedimento.

⁴³ Neste sentido e em melhores palavras, atente-se ao Acórdão TCA Sul de 24/11/2016, Proc. nº 13747/16, em especial, na parte em que afirma que “*Tanto mais que se tivesse julgado essa questão [de verificação da excecionalidade como operação prévia e pressuposta da ponderação de interesses dos interesses envolvidos], teria certamente concluído pela falta da verificação do requisito pois que [...] os prejuízos que a suspensão acarreta para o interesse público, mesmo que possam ser superiores no âmbito da ponderação dos interesses em presença aos interesses privados, não são graves, não são excecionais, não implicam para o Réu nem para os seus munícipes uma situação diversa da que já vivem há vários anos e, por isso, não justificam o levantamento o efeito suspensivo.*”. Aqui radica a diferença entre o art. 120º, nº2 e o art. 103º-A, nº2 e 4 do CPTA.

fossem superiores aos danos que podem advir para o impugnante do seu levantamento”. Deste modo, e como já afirmamos acima, manter-se o efeito suspensivo automático deve corresponder a uma das consequências previstas no nº2, *in fine*, do art. 103º-A do CPTA.

Tendo isto por base, é fácil de ver que, na verdade, trata-se de uma ponderação de danos e não de interesses em presença, sem prejuízo de indirectamente assim os assegurar⁴⁴.

1.3.1. *Prova nos termos do art. 103º-A, nº2.*

Um aspecto particularmente interessante foi o suscitado no Acórdão do TCA Sul, de 4 de Outubro de 2017, Proc. nº 1904/16.4BELBS-A, onde se suscita o problema de a prova trazida para o incidente pelo réu ser uma prova que implica (*rectius*, pode implicar) uma exaustiva produção ou, de outro modo, que a prova necessária para que se defira o levantamento do efeito suspensivo automático seja insuficiente no contexto do respectivo incidente.

Nestes termos, é sabido, e no próprio acórdão isso é subscrito, que a prova produzida no incidente em análise, tal como o é em processos urgentes e cautelares, será sempre uma prova sumária⁴⁵, que se compadecerá com uma célere resolução da controvérsia concreta. Neste aspecto, há que reportar ao ponto 1.3., na medida em que está em jogo a sumariedade da prova e do juízo que dela poderá emitir-se, bem como o ónus de provar, para além de alegar, os factos que demonstram os requisitos do nº2 e do nº4 do art. 103º-A do CPTA, podendo, em prol do levantamento do efeito – como fez o recorrente neste aresto -, argumentar-se com

⁴⁴ Neste sentido, ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou...”, *in CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p. 23, bem como, veja-se ainda, o Acórdão do TCA Norte de 18 de Novembro de 2016, Proc. nº 01237/16.6BEPRT-A, em especial no ponto em que se afirma que “o que está em conflito são as consequências que podem resultar da concessão ou da sua recusa para todos os interesses envolvidos, independentemente da sua natureza”.

⁴⁵ Tal como resulta do art. 365º, nº1 do CPC, prescreve este preceito que o requerente deve oferecer prova sumária do direito ameaçado, justificando o receio da lesão, notando-se ainda que o pedido de levantamento do efeito suspensivo automático é um requerimento processual e, por isso, aplica-se-lhe o art. 5º, nº1 do CPC *ex vi* art. 1º do CPTA (alegação dos factos essenciais constituintes da causa de pedir e os factos nos quais radiquem as excepções que as partes invoquem).

o facto de se estar a constringir o princípio de acesso aos tribunais e de tutela jurisdicional efectiva, designadamente por não se permitir a produção de prova necessária *em prazo razoável* (arts. 20º da CRP, 2º do CPC e 2º, nº1 do CPTA) destinada a uma resposta adequada e definitiva sobre uma contenda, sendo que, por isso, viola-se o disposto no art. 3º, nº1 do CPTA, em que refere o poder, entre outros, do tribunal administrativo em assegurar “os meios declarativos urgentes necessários à obtenção da tutela adequada em situações de constrangimento temporal”. Em resposta, não se pode dizer que assim seja, nem que assim deva ser, pois, em primeiro lugar, está em causa uma presunção legal (e antes da lei, uma presunção do Direito Comunitário) ilidível e que, se a entidade demandada fundamentamente entender, cabe a esta refutar o que a lei pressupõe que é danoso para o impugnante pelo facto de haver uma acção de impugnação de acto de adjudicação. Em segundo lugar e não menos importante, ao juiz está incumbido um dever, entre vários, de gestão processual (art. 7º-A CPTA), em que deve recusar qualquer expediente que proteja o processo, especialmente um processo urgente (e que mais necessita de brevidade na justa composição do litígio), ou seja, que não aceite e/ou permita o atraso do incidente de levantamento do efeito suspensivo automático. Na verdade, a prova é comprovação de que a realidade pressuposta no regime do efeito suspensivo automático, especialmente nos arts. 103º-A, nºs 1, 2 e 4 do CPTA, não é aquela que *in casu* se verifica – quer isto significar que a prova, nestes casos, não passará pela argumentação de factos, mas antes na invocação dos mesmos, pois a gravidade excepcional ou a prejudicialidade qualificada que se assume no levantamento do efeito é, por natureza, evidente ou notória, mas que, ainda assim, não é “imune” à demonstração de documentos ou outros meios probatórios que comprovem a prejudicialidade. Portanto, a realidade qualificadamente prejudicial para o interesse público é demonstrada por factos e não por argumentos que conduzam a uma visão ou perspectiva da realidade que façam emergir o prejuízo grave para interesse público ou as consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos. Aliás, frequente é de notar que a conduta que as entidades demandadas revelam é ainda da tradição da resolução fundamentada, onde a presunção vigora em favor da autoridade, no sentido que bastava o reconhecimento, por via da resolução fundamentada, do prejuízo grave

para o interesse público com o retardamento da execução. Ora, não há qualquer “triagem” sobre a gravidade do prejuízo ou da contraposição de interesses/danos concretos. Em nenhum ponto é semelhante ao regime resultante do art. 103º-A do CPTA e em nenhum ponto deve se associar.

Deste modo, o que se poderá acrescentar é quanto ao labor empregado pelo julgador na decisão que deve fazer sobre os aspectos mais importantes, visando saber se existem *razões imperiosas* de interesse geral que demandem que o contrato se mantenha. Para isto, há que volver aos Considerandos 22 e 24 da Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, onde se pode retirar que, tendo em conta a proporcionalidade inerente ao caso, poderá manter-se o contrato ou determinar que só certos efeitos lhe sejam reconhecidos, caso – e só neste caso – existam circunstâncias excepcionais que exijam o respeito por razões imperiosas de interesse geral. Tal deverá acontecer, considerando o tribunal, se as circunstâncias concretas do caso assim conduzirem, sendo que, por circunstâncias concretas, devemos integrar o próprio contrato, o comportamento das partes, factores externos ao contrato que a ele possam estar subjacentes, entre outros.

Consequentemente, tudo dependerá, a final, do juízo concreto que o empenhará o julgador mediante a ponderação de prejuízos que *in casu* suscita. Sendo, de resto, a linha que seguiu no ponto atrás referido.

1.3.2. Obrigatoriedade de resposta, nos termos do art. 103º-A, nº3?

Uma outra situação, também levantada no STA⁴⁶, embora mais simples de abordar, é a de saber se é possível fazer a ponderação entre os interesses em conflito quando a autora, notificada para se pronunciar sobre o incidente, a este não se opõe, sendo que, no incidente de levantamento, havia a invocação, pelo entretanto recorrente, de prejuízos contrastantes com o do requerente do levantamento.

A autora ou o autor da acção principal (do contencioso pré-contratual) tem sete dias para responder – mais adiante se discutirá acerca deste prazo e do

⁴⁶ Acórdão STA de 26 de Janeiro de 2017, Proc. nº 031/17.

inexistente para a entidade demandada (autora/requerente do incidente) -, caso não o faça, na parte final do nº 3 do art. 103º-A, diz que o juiz irá decidir, dentro de, no máximo, dez dias e que este prazo é contado desde a última pronúncia apresentada ou do termo do prazo para a sua apresentação. Ora, terminando-se o prazo para a apresentação da pronúncia, e não havendo qualquer resposta, pressupõe-se que a autora/autor, no âmbito do incidente, não necessita de se pronunciar, ou seja, não há uma obrigação de responder e isto não altera o facto de, nesse incidente, a entidade demandada ter de indicar factos concretos suficientes para implicar o levantamento do efeito. Na verdade, no silêncio do demandante, nos termos do art. 103º-A/3, não releva ao ponto de descreditar ou valorizar as invocações factuais visadas ao levantamento, pois é sobre a entidade demandada que, neste contexto, recai o ónus de alegação e probatório com o fim a que destina o respectivo levantamento, sendo que, na dúvida, “o prato da balança”⁴⁷ pende para a permanência do efeito suspensivo⁴⁸. Contudo, no acórdão mencionado não há uma resposta ao suscitado, apesar de, na nossa perspectiva, a lei responder adequadamente à questão levantada.

O que, em adição, também se pode questionar é o facto de, como se pode retirar da problemática acima referida, só existir a alegação e prova de interesses (danos) unilateralmente da entidade demandada e eventualmente isso implicar um obstáculo para se ponderarem interesses conflitantes, dado que só há invocações de uma das partes – figurativamente, seria como ter uma ponderação de interesses, mas só com um interesse em presença.

Para nós, a entidade demandada tem o ónus a que se referiu, ao passo que a autora/autor da acção administrativa urgente do contencioso pré-contratual, tendo (também) o ónus de responder e apresentar novos factos ou reforçando os já tidos em juízo, só irá ter factos visados à manutenção do efeito suspensivo automático. Deste modo, *prima facie*, resolve-se a questão, pois, como se teve oportunidade de

⁴⁷ ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou...”, in *CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p. 24.

⁴⁸ Neste sentido, invoque-se, ainda, o art. 293º, nº3 do CPC, pois, sendo certo que a causa principal, na qual o incidente se integra, poderá não ser em favor do autor da acção do contencioso pré-contratual e, assim, cair um ónus probatório sobre este, porém, mantém-se que não há obrigatoriedade de resposta.

supramencionar⁴⁹, não se pode apreciar e julgar uma matéria, neste contexto, somente com base “em factos de conhecimento oficioso”⁵⁰, sendo que, com isto, podemos reforçar que o juiz, no silêncio ou na falta de resposta do demandante, para e nos efeitos do art. 103º-A, nº3, não vai decidir *em favor* do interessado, nem valorizará o seu “silêncio”. O que o juiz terá em conta será a falta de prova pela entidade demanda (ou contra-interessado), isto é, quando a entidade demandada pautar a sua alegação “por vaguidades, e por alegações conclusivas”⁵¹, consistindo em algo que nada acrescenta ou retira ao processo – pode-se pedir o levantamento do efeito suspensivo tantas vezes quantas as superveniências ligadas ao processo⁵², tendo em conta, evidentemente, os interesses em juízo.

Por outro lado, um aspecto mantém-se: a alegação de um interesse (público) em (alegado) prejuízo e um outro interesse que, no incidente, não é alegado. Parece-nos que o efeito suspensivo automático existe, entre outros fins, para acautelar o operador económico preterido de um procedimento de contratação cujo acto de adjudicação viola a lei. Com isto, pode dizer-se, de todo rigorosamente, que o efeito suspensivo está em favor do autor da acção. Se assim se assumir, é verídico que qualquer facto novo que se invoque em favor da manutenção do efeito suspensivo está pressuposto pelo regime, tanto sendo que, “em caso de “empate” ”⁵³, o efeito suspensivo mantém-se (em favor do autor da acção principal).

Esta é uma forma aqui esboçada em resposta à questão, sendo certo que não se assume como a mais segura e, sem dúvida, sujeita a críticas⁵⁴.

⁴⁹ Veja-se o ponto 2.4.

⁵⁰ Acórdão do STA de 26 de Janeiro de 2017, Proc. nº 031/17.

⁵¹ Referido acórdão do STA de 26/01/2017.

⁵² , ALMEIDA, Mário Aroso de, e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., 2017, 4ª edição, p. 846.

⁵³ Novamente, ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou...”, in *CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p. 24.

⁵⁴ Na mesma esteira parece inclinar-se RODRIGUES SILVA, Duarte, “O levantamento do efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual” in *Cadernos Sêrvulo de Contencioso e Arbitragem*, nº 01/2016, p.11 (in <http://www.servulo.com/pt/investigacao-econhecimento/Caderno-Servulo-de-Contencioso-Administrativo-e-Arbitragem-I/5616/>) . Assinala que o “legislador terá admitido a possibilidade de o efeito suspensivo automático perdurar mesmo que o autor não invoque qualquer prejuízo”, sublinhado nosso; em sentido diverso, o Acórdão do TAF do Porto de 18 de Novembro de 2016, Proc. nº 01230/16.9BEPRT-B.

1.4. Prazo para intentar o pedido de levantamento do efeito suspensivo automático

Do art. 103º-A, nº2 do CPTA verifica-se que não existe um prazo prescrito para se suscitar o incidente de levantamento do efeito suspensivo, meramente permitindo que haja o incidente, ao contrário do que dispõe o nº3 do mesmo artigo, onde prevê o prazo de sete dias para que o autor ou autora se pronuncie acerca do respectivo levantamento.

Nesta linha, não raro é haver autores ou autoras da acção de contencioso pré-contratual invocando ou suscitando a intempestividade do incidente, supondo-se, portanto, que haja um prazo para se intentar o mesmo⁵⁵. Na verdade, podem avançar-se alternativas acerca do respectivo prazo: a primeira seria a de que o prazo corresponde ao supletivo no âmbito do regime do contencioso pré-contratual, nomeadamente, o de cinco dias, baseando-se no art. 102º, nº3, alínea c) CPTA⁵⁶; uma segunda seria a de que, correspondendo ao art. 102º, nº3, alínea a), o prazo, a contar da citação da entidade demandada e contra-interessados, seria o de vinte dias, visados para a contestação⁵⁷; uma terceira, e por nós entendida como a correcta, será a de que não há prazo⁵⁸⁵⁹. Assim sendo, é possível assumir que o legislador não limitou temporalmente o respectivo incidente porque, dessa forma, pode-se

⁵⁵ Veja-se, por exemplo, o Acórdão do TCA Norte de 11 de Maio de 2017, Proc. nº 02296/16.7BELSB.

⁵⁶ MELO, Pedro, CORDEIRO, Maria Ataíde, “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, in *Comentários à revisão do CPTA e do ETAF*, Coordenação Carla Amado Gomes e outros, AAFDL, 2016, 2ª edição, p. 671, nota 41.

⁵⁷ ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou...”, in *CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p. 23.

⁵⁸ RODRIGUES SILVA, Duarte, “O levantamento do efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual” in *Cadernos Sêrvulo de Contencioso e Arbitragem*, n.º 01/2016, p.10, nota 21 (in <http://www.servulo.com/pt/investigacao-econhecimento/Caderno-Servulo-de-Contencioso-Administrativo-e-Arbitragem-I/5616/>), com especial atenção para a afirmação de que “a necessidade do levantamento do efeito suspensivo se manifesta imediatamente”, sendo que o que “hoje se afigura “comportável” pode bem *amanhã* tornar-se “urgente” “, auxiliando-se legalmente dos arts. 113º, nº1 e 124º do CPTA, bem como, veja-se, VIANA, Cláudia, “A conformação...”, in *Comentários à revisão do CPTA e do ETAF*, Coordenação Carla Amado Gomes e outros, AAFDL, 2016, 2ª edição, p. 153, alertando ainda, a Autora, que o próprio processo pode implicar o incidente de levantamento do efeito suspensivo, dado que, para este efeito, aponta as “elevadas pendências judiciais, [...] o efeito devolutivo do recurso [e a] dinâmica da função administrativa como relevantes razões a considerar neste contexto.

⁵⁹ Veja-se o Acórdão do TCA Sul de 4 de Outubro de 2017, Proc. nº 1329/16.1BELSB, onde se discorda do facto de não haver prazo para a apresentação do pedido de levantamento, pois tal não se adequa aos motivos de urgência inerentes ao processo e ao incidente.

fundamentalmente cumprir as exigências e finalidades a que o incidente é proposto, no sentido de que permitirá mais facilmente a arguição e invocação em favor dos interesses público e privados envolvidos, na pendência do processo urgente em questão, sem delimitar a um período de tempo. Aliás, nesta linha, é relevante nunca esquecer que, por se tratar de um ónus para a parte demandada, se pode afirmar que um prazo que implicasse a preclusão desse ónus de alegar (com prova dos factos invocados), por terminar-se o prazo, seria, em primeiro lugar, “forçar” a existência do incidente quando ainda tal não se justificasse, tal como, em segundo lugar, quando se exigisse que se levantasse o efeito, de uma perspectiva de garantia do interesse público, e mais não fosse possível suscitá-lo por decorrência de um tal prazo. Claramente, portanto, daqui se pode retirar que não se adequa aos fins e objectivos traçados e a assegurar como emana do direito comunitário que se transpôs.

O que se afirma tem apoio na doutrina, designadamente VIEIRA DE ANDRADE quando defende que “a entidade demandada e os contra-interessados podem requerer ao juiz, sem dependência de prazo, o levantamento do efeito suspensivo automático da impugnação do acto de adjudicação”^{60 61}; ou ainda, como MÁRIO AROSO DE ALMEIDA profere, “o artigo 103º-A não submete a dedução do pedido de levantamento do efeito suspensivo a qualquer prazo e não existe qualquer lacuna por esse facto. O pedido pode ser [...] deduzido durante toda a pendência do processo, até ao encerramento da discussão da causa, porque se trata de um incidente do processo, que pode ser acionado quando se verificarem os respectivos requisitos materiais”, seguidamente defendendo – aos nossos olhos, é certo o que afirma – que o pedido de levantamento “não é um ato processual das partes” que se integre na tramitação do processo, sendo que, se assim fosse, estaria abrangido pelo prazo supletivo previsto no art. 102º/3-c), o que seria, continua o mesmo Autor, “incongruente, pois não se compreenderia que a entidade demandada e os contra-

⁶⁰ Sublinhado nosso.

⁶¹ VIERA DE ANDRADE, José Carlos, *A Justiça Administrativa*, cit., 15ª edição, 2016, p. 245.

interessados, para fazerem valer a sua pretensão dirigida a pedir o levantamento, dispusessem de um prazo inferior àquele que está previsto para a resposta”⁶².

Na mesma linha segue a jurisprudência, dizendo-se expressamente, no Acórdão do TCA Norte de 21 de Outubro de 2016, Proc. nº 01224/16.4 BEPRT-A, que “em qualquer momento pode o interessado deduzir o incidente de levantamento do efeito suspensivo automático, pois em lado algum o artigo 103º-A do CPTA, obriga que o mesmo seja efectuado com a apresentação da Contestação.”. Ainda, mais expressamente, se pode referir o Acórdão do TCA Norte de 11 de Maio de 2017, Proc. nº 02296/16.7BELSB, onde o recorrente defende a suposição – que acima havia sido feita menção – de o prazo para se suscitar o incidente ser “de 15 dias, prazo para a apresentação da Resolução Fundamentada, ou até ao limite do prazo dos 20 dias para a apresentação da contestação”.

Em corolário, o facto de haver um prazo de resposta e nada se mencionar quanto ao prazo para se suscitar o incidente de levantamento, demonstra que não se balizam limites temporais para a dedução do pedido de levantamento⁶³

2.5. (Eventual?) sanção por incumprimento do efeito suspensivo automático

Todo o regime do contencioso pré-contratual e, em especial, do efeito suspensivo automático expressa e concretiza, face ao até agora exposto, a pretensão comunitária de reforçar⁶⁴ a tutela jurisdicional efectiva e acesso aos tribunais. No entanto, o direito transposto no nosso ordenamento, nomeadamente no CPTA, não revela quaisquer resultados de uma futura – ainda que incerta - transgressão do efeito suspensivo automático.

Com base nisto, a pergunta, apesar de meramente teórica mas, ainda assim, possível, suscita-se: após citação da entidade demandada (portanto, tendo

⁶² ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual...*, cit., 2017, 3ª edição, p. 396. Em sentido contrário, Pedro e Maria Ataíde.

⁶³ Neste sentido, ALMEIDA, Mário Aroso de, e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2017, 4ª edição, p. 842 e nota 1027.

⁶⁴ O reforço, como vimos, parte da Directiva de 2007.

conhecimento do processo), que consequência jurídica tem lugar no avanço da execução do acto suspenso ou, por ventura, do contrato?

Uma avançada solução⁶⁵ pode inspirar-se no disposto do art. 128º, nº4, do CPTA, portanto, permitir ao interessado que possa suscitar um incidente de execução indevida, a partir do momento que conheça da violação do efeito em apreço. Verdade é, portanto, dizer que os “actos, formalidades e trâmites praticados em desobediência” do efeito suspensivo automático ficarão contaminados por essa desobediência, apesar de, à partida, isso não corresponder a uma sanção específica.

Contudo, na linha de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA⁶⁶, tendo em conta um “estado de necessidade administrativa”, ou, nas suas palavras, “um caso de necessidade administrativa ou de urgência objectivamente imperiosa de interesse público”, pode significar um travão ao respectivo efeito suspensivo automático. Note-se que esta necessidade, conclui seguidamente o Autor, deve ser renovável, portanto, que “não [...] se trate de [...] uma necessidade esporádica”⁶⁷. Deste modo, se justificaria que tais “actos, formalidades e trâmites não poderiam “*ter sido alcançados de outro modo*” ”⁶⁸.

Por outro lado, ainda com o mesmo Autor, a solução legal poderia ter sido diversa, designadamente proibindo somente a celebração do contrato, deixando

⁶⁵ MARTINS, Ana Gouveia, “Os processos urgentes no anteprojecto de revisão do CPTA”, *in Julgar*, nº 23, Maio-Agosto de 2014, p. 188, e também ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou...”, *in CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p. 19, nota 14.

⁶⁶ Também ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou...”, *in CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p. 21.

⁶⁷ Note-se, ainda, que é com base nesta “necessidade esporádica” da entidade adjudicante que justifica o recurso ao ajuste directo, nos termos do art. 24º/1-c) do CCP, na pendência do processo e sem afastamento do efeito automático, sendo evidentemente o interesse público o vector, nesta circunstância, mais forte, dando azo a que, também assim, se possa prorrogar um outro contrato público que realize as mesmas necessidades que o contrato em litígio pretende cumprir – nesta esteira segue o mesmo também ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou...”, *cit*, p. 21.

⁶⁸ CALDEIRA, Marco, “O “novo” contencioso pré-contratual”, Fevereiro, 2017, Centro de Estudos Judiciários, (http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf)

caminho aberto para que se pudesse avançar com o “procedimento pós-adjudicatório”⁶⁹.

Numa outra banda, ainda, a verdade é que não se trata de uma questão que apareça nos tribunais com a frequência que as questões *supra* analisadas, apesar de ser um aspecto que levante uma (ligeira) preocupação. Neste sentido, é possível ver e retirar uma solução da jurisprudência⁷⁰, designadamente quando se afirma que “o efeito anulatório do contrato pode ser afastado mediante a aplicação da sanção que reduz a duração do contrato ou mediante aplicação de sanção pecuniária de montante inferior ou igual ao preço contratual”. É uma solução adequada e está em linha com o teor da Directiva, tendo em conta os objectivos de obstar ao princípio do *pacta sunt servanda*, no sentido de que impedir o encobrimento de violações ao Direito Comunitário, e também de reforçar (ou criar) um efeito desincentivador ou dissuasor necessário das condutas das entidades adjudicantes, dada a “fraca cultura indemnizatória”⁷¹ residente nos EM.

E isto, antes de desenvolvermos mais o ponto, é o que está no cerne desta questão, pois, na relação processual que se desencadeia com a propositura da acção administrativa urgente do contencioso pré-contratual, o preterido visa, acima de tudo, retomar um procedimento (que seja legal) em que, no fim deste, ele seja escolhido, portanto, ele pretende estar no lugar do adjudicatário ilegal. Desta perspectiva, o que importa é, de facto, realizar a sua pretensão que, desde logo, é um dos objectivos que as Directivas prosseguem, sendo que, nesta medida, pretende evitar-se, tanto quanto possível, que se desemboque num processo indemnizatório, pois, para além do contrato em si, o concorrente pode beneficiar bastante com as externalidades do mesmo, daí os interesses para além do contrato em si mesmo e as vantagens directamente dele associadas.

⁶⁹ ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou...”, in *CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016, p. 20, nota 19.

⁷⁰ Veja-se o referido acórdão do TAF do Porto de 09/06/2017, Proc. nº 01992/16.3BEPRT.

⁷¹ CERQUEIRA GOMES, Pedro, “O Contencioso Pré-contratual Português – Proposta de Revisão à Luz do Direito da União Europeia”, in *Revista da Ordem de Advogados*, Lisboa, Ano 74, nº1, Jan-Março, 2014, p. 300.

Concretizando e voltando atrás, o que se pretendeu foi instalar um verdadeiro “*sistema europeu de tutela preventiva*”⁷², ou seja, sublinhe-se, é uma tutela preventiva e não indemnizatória que tem em vista.

Por outro lado, a lei processual é que deve assegurar a “compatibilização do ordenamento interno com o disposto na Directiva”⁷³, tendo por base o princípio da efectividade do Direito da União Europeia. O que isto significa é que a lei procedimental, isto é, no que respeita à cláusula *standstill*, tudo está “devidamente”⁷⁴ regulado e, como prova disso, invoque-se novamente o Acórdão do TAF do Porto de 09/06/2017, Proc. nº 01992/16.3BEPRT, onde trata de um vício procedimental (violação do período *standstill* de natureza procedimental), tendo por base os arts. 283º e 283º-A⁷⁵ do CCP, onde existe lugar a sanção, muito embora ainda seja uma sanção de carácter indemnizatório, mas, de qualquer modo, evita – tanto melhor que o regime inerente ao efeito suspensivo automático - uma situação de “facto consumado”.

⁷² CERQUEIRA GOMES, Pedro, “O Contencioso Pré-contratual Português – Proposta de Revisão à Luz do Direito da União Europeia”, in *Revista da Ordem de Advogados*, cit., p. 301.

⁷³ ALMEIDA, Mário Aroso de, e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2017, 4ª edição, p. 836.

⁷⁴ O “devidamente” é porque está melhor regulado que o efeito suspensivo automático – justificamos assim porque todas as normas de impacto procedimental, desde a abertura do procedimento de contratação até à adjudicação, ou mesmo a celebração do contrato, estão devidamente standardizadas, no sentido em que, e indo na esteira da Directiva de 2007, deve seguir o *iter* jurídico plasmado para a contratação pública, pretendendo-se evitar a litigiosidade à nascença do contrato, ou saná-la se, por vicissitude, assim surgir; aditivamente veja-se OLAZABAL CABRAL, Maria, “Processos urgentes principais – Em especial, o contencioso pré-contratual”, in *CJA*, nº 94, Julho/Agosto, 2012, onde menciona a falta de celeridade do contencioso pré-contratual e de labor legislativo para este efeito, conjecturando o que seria o efeito suspensivo automático.

⁷⁵ É o, ora, artigo 287º do CCP que vigorará a partir de 1 de Janeiro de 2018. Com o DL nº 111-B/2017, de 31 de Agosto, introduziu alterações ao Código dos Contratos Públicos, transpondo as Directivas aprovadas em 2014, respectivamente as Directivas nº 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro, regulando matérias de adjudicação de contratos de concessão, a Directiva nº 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro, relativa aos contratos públicos e, por fim, a Directiva nº 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, bem como ainda se aprovou a Directiva nº 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, tratando da matéria da facturação electrónica nos contratos públicos, a qual também foi objecto de transposição. Estas “inovações”, como se menciona no seu Preâmbulo, são em cumprimento das obrigações europeias e têm em vista a “simplificação, desburocratização e flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos, com vista ao aumento da eficiência da despesa pública e à promoção de um melhor e mais fácil acesso àqueles contratos por parte dos operadores económicos.”

É precisamente isto que se pretende acautelar, evitando-se o recurso a uma tutela pós-contratual indemnizatória, sendo certo que nunca se poderá abranger e tutelar todos os casos, porém, como se afirmou, cabe à lei processual investir numa tal regulamentação, dada a importância, urgência e o carácter do processo urgente do contencioso, que frequentemente está destinado a uma solução morosa e tardia. E este último facto serve igualmente para a tutela “cautelar” do contencioso pré-contratual, denominada “medidas provisórias” em que “estes pedidos de adopção de medidas provisórias não [são] decididos de modo célere”⁷⁶, portanto, o que sucederá, concluem os Autores, é que “o acto de adjudicação [vai ser] praticado e [...] ainda não [haverá] uma decisão sobre determinado pedido de adopção de medidas provisórias”. Para o contraente privado, é um risco que não pode assumir, é um risco potencialmente desvantajoso e, nesta matéria, a urgência deve ser sempre um factor ou elemento de consideração para a instituição de um regime preventivo e não indemnizatório ou pós-tutelador.

É nesta linha que assume elevado grau de auxílio, em conjunto, o disposto da Directiva de 2007/66/CE, onde podemos retirar que, além de haver um dever dos EM em fixarem as consequências da ineficácia do contrato antes ou durante o período *standstill* de natureza processual e de fixarem igualmente todas as condições necessárias para o recurso eficaz e célere das decisões das entidades adjudicantes⁷⁷, os EM podem inclusive prever que se pode anular retroactivamente todas as obrigações resultantes do contrato ou, se assim for, anular apenas as obrigações que ainda devam ser cumpridas. Sendo assim, os EM devem prever a aplicação de sanção que seja “efectiva, proporcionada e dissuasora”⁷⁸. Da Directiva, portanto, resulta, desde logo, que deve haver, por parte dos EM, uma conduta legislativa propositada ao afastamento de comportamentos pelas entidades adjudicantes que frustrem do direito comunitário em matéria de contratos públicos. E não só isto, como ainda revela algum espaço para que se atinja esse fim, designadamente quando refere que, em caso de violação da presente Directiva, - e

⁷⁶ MELO, Pedro, CORDEIRO, Maria Ataíde, “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, ”, *in* *Comentários à revisão do CPTA e do ETAF*, Coordenação Carla Amado Gomes e outros, AAFDL, 2016, 2ª edição, p. 674.

⁷⁷ Arts. 1º, nº1 e 2º-D, nº2 da Directiva.

⁷⁸ Arts. 2º-D, nº2 e 2º-E, nº2 da mesma Directiva.

especial atenção para o art. 2º, nº3, pois é daqui que podemos retirar que a violação do efeito suspensivo automático deve ser sancionado - é *dever* do Estado Português garantir que tal privação de efeitos, por virtude de impugnação do acto de adjudicação, não seja violada e que preveja sanções alternativas que taxativamente se reduzem à aplicação de uma sanção pecuniária **ou** a redução do contrato. Mesmo que se permita que os EM atribuam amplos poderes discricionários, neste caso, aos tribunais – que não necessitariam de especial atribuição do direito comunitário para o efeito -, a própria Directiva não alcançou ao ponto de prever as medidas dissuasoras, porém, pode questionar-se se assim o deveria ter feito. Certo será que os EM, dentro da sanção pecuniária e da redução do contrato, tenham margem legislativa no que consta à concretização das mesmas, mas não podem ir além destas duas figuras. Em adição, o Considerando (20) expressamente refere a possibilidade de, se assim os EM o entenderem, no direito nacional, aplicarem ou preverem a aplicação de “sanções mais severas” – o que cobre o nosso ponto de vista, na medida em que claramente menciona “sanções” e não “medidas”, ou “políticas de prevenção”, ou “medidas dissuasoras”, etc.

Claramente que as situações aqui tidas em conta, para este efeito, são ocasiões eventualmente raras ou pouco frequentes – ainda se notando que o respectivo regime do efeito suspensivo automático e suas consequências ainda estão a maturar e a jurisprudência ainda se encontram a lidar com as contingências de um instituto estranho ao processo administrativo -, mas se o intuito presente no regime jurídico inerente ao contencioso pré-contratual é todo ele de carácter urgente, então as soluções integradas nesse regime devem, dentro do razoável, *preventivamente* assegurar as posições dos concorrentes. Por isso, há soluções, como a experiência espanhola nos demonstrou, de criação de *Tribunales Administrativo Central de Recursos Contractuales*⁷⁹, onde esta entidade para-judicial estaria equipada com as competências, atribuições e poderes para solucionar atempadamente e

⁷⁹ Do Considerando (28) da Directiva 2007/66/CE resulta que “o mecanismo corrector”, referindo-se aos processos urgentes pré-contratuais, “deverá ser redireccionado para os casos de violações graves do direito comunitário em matéria de contratos públicos”; o que não invalida que haja uma entidade para-judicial que cuide dos casos *menos graves* ou ordinários e destes “casos de violações graves do direito comunitário” cuide os tribunais, havendo uma composição partilhada das controvérsias, sem prejuízo do papel que desempenha a arbitragem nesta matéria.

definitivamente os casos de contencioso pré-contratual, o que não invalida a instituição de uma sanção que desencoraja ou dissuade a conduta de violação do efeito suspensivo automático, porém, note-se, tudo estaria (e está) dentro das margens da lei processual. Traria, de facto, várias vantagens, nomeadamente o desafogamento ainda mais evidente dos tribunais administrativos, todavia, a transição para esse quadro poderia levar a inúmeros inconvenientes e eventualmente prejuízos de compatibilização.

Uma outra solução⁸⁰ passaria pelo art. 45º-A do CPTA. Daqui é já possível identificar uma solução mais instantânea e menos “indolor”, no sentido em que nos “pedidos relativos à invalidação de contratos com base em invalidade consequente da violação das regras relativas ao respectivo procedimento de formação são aqueles que se referem as alíneas c), d) e e) do nº 1 do artigo 77º-A do CPTA, mas também os que resultem da ampliação de processo de contencioso pré-contratual quando o contrato venha a ser celebrado na pendência do processo (artigo 102º, nº4). O que significa que muitos dos casos em [que] seria aplicável o artigo 45º por referência a pedidos de anulação de atos pré-contratuais são abrangidos pela previsão da alínea a) do nº1 deste artigo 45º-A, na medida em que, sendo celebrado o contrato no decurso do processo de contencioso pré-contratual, haja lugar [...] à ampliação do objeto do processo à impugnação do contrato. A previsão em análise é [...] aplicável aos processos de impugnação de atos pré-contratuais em que seja cumulada a impugnação do contrato, com fundamento em invalidade consequente”^{81 82}. De facto, trata-se de uma resposta adequada face a uma situação de impossibilidade de satisfação dos interesses do autor, em que já não seja possível reconstituir a situação conforme ao quadro normativo aplicável, porém, continua a ser uma resposta tardia. O que se preconiza é uma solução (uma sanção ou medida) complementar ao efeito suspensivo automático, ou período de *standstill* de natureza processual, que impeça a entidade demandada de violar o respectivo efeito, pois

⁸⁰ Em última análise, o art. 129º do CPTA pode igualmente, por analogia, oferecer algum suporte no que respeita à ineficácia do acto executado, em consonância com a leitura do art. 2º-D, nº1, al. b) da Directiva 2007/66/CE, no sentido em que acautela a impossibilidade de recurso eficaz e de impossibilidade de obtenção do contrato.

⁸¹ ALMEIDA, Mário Aroso de, e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2017, 4ª edição, p. 297.

⁸² Cfr. arts. 283º e o (“novo”) 287º do CCP.

não há nada que impeça a entidade adjudicante de, perante o manto do efeito suspensivo automático, constituir, para o interessado ou concorrente, uma situação de impossibilidade absoluta ou de facto consumado. Não se quer dizer que não hajam medidas ressarcitórias ou indemnizatórias e de que haja sancionamento das entidades que violem o efeito suspensivo automático e, para além deste, incorram em responsabilidade contratual. É justamente para evitar as situações que justificam tais medidas que, no nosso ver, deve haver uma medida definitiva que obste à entidade demandada a possibilidade de frustração permanente da pretensão do concorrente preterido, ou seja, o que se alude é a uma medida, independentemente da forma que assuma, que elimine a oportunidade de que a entidade demandada teria de violar o efeito suspensivo automático, quer ela queira ou não romper esse efeito. Somos, com isto, levados para o entendimento de que “com a outorga do contrato somos remetidos para o universo da tutela pós-contratual”⁸³, dado que, não se olvide, ambos os períodos *standstill* (de natureza procedimental e o de natureza processual) existem conjuntamente para o fim de evitar “a corrida à assinatura do contrato”.

E releva, por fim, rectificar que sanção não seria o termo mais indicado, pois implica que se refere a um momento póstumo, portanto, ao resultado de um cometimento da violação do efeito suspensivo automático.

Por esta perspectiva, em última análise, devemos admitir que, de toda a importância intrínseca do efeito suspensivo automático, uma medida preventiva capaz de repelir motivações da entidade adjudicante para infringir o efeito suspensivo automático é algo substancialmente laborioso (podendo existir quem entenda desnecessário), pois, dado termos admitido que não é uma matéria frequentemente levantada nos tribunais, não invoca necessidade de debruçar sobre um tal assunto, havendo, como será o mais certo de suceder, medidas que respondam adequadamente – apesar de menos melhor do que uma medida que houvermos preconizado atrás - às infracções por parte da entidade adjudicante demandada no contexto do efeito suspensivo automático. Contudo, não obstante o

⁸³ CERQUEIRA GOMES, Pedro, “O Contencioso Pré-contratual Português – Proposta de Revisão à Luz do Direito da União Europeia”, in *Revista da Ordem de Advogados*, cit., p. 310.

proferido, não é um propósito que esteja desconectado com a intenção do direito comunitário.

Conclusão

A este ponto chegado, necessário será confirmar que o propósito da análise efectuada é um mero fruto das contingências jurídicas que o efeito suspensivo automático demanda dos tribunais, querendo isto significar que não era, de todo, o objectivo abordar todos os problemas do efeito suspensivo automático, mas antes retirar da jurisprudência questões que se levantavam em juízo e que, assim, revelaria a sua utilidade para aqui se inserir. Do mesmo modo, também seria importante revelar algumas divergências que operam na doutrina, tendo em conta evidentemente a resposta jurisprudencial a que se revelaria importante para o ponto em desenvolvimento. Note-se que a frequente menção do labor jurisdicional é aqui sublinhada porque o efeito suspensivo automático é um instituto novo – apesar de no Processo Civil, no respectivo art. 368º, nº2, já demonstrar uma solução semelhante quando diz que se *pode* recusar a providência com base no prejuízo consideravelmente excedente ao dano que o requerente quer impedir – e, por ser uma novidade, representa uma oportunidade para os tribunais demonstrarem os problemas concretos que dele emanam, visto que o debate teórico, ainda que produtivo, não seria verdadeiramente a prova de que o efeito suspensivo automático é ou não aquilo que o direito comunitário pretende que ele seja.

Assim sendo, revelou-se a, desde logo, sabida natureza “puramente” comunitária do efeito suspensivo automático, é um mecanismo que não actua por si só, no sentido em que é um período *standstill* de natureza processual mas que emerge por decorrência de um outro período (*standstill*) de natureza procedimental, consagrado, no direito nacional, no art. 104º, nº1, alínea a) e art. 95º, nº 3 do CCP⁸⁴, considerando que é nestes 10 dias que o concorrente preterido vai verificar eventuais vícios de legalidade do acto de adjudicação. Contudo, apesar da sua natureza comunitária, o legislador nacional pôde adaptar – e adaptou – o efeito

⁸⁴ Apesar das alterações efectuadas no CCP pelo DL nº 111-B/2017, de 31 de Agosto, os artigos mantêm-se os mesmos.

suspensivo automático ao ordenamento jurídico português, todavia, não desconsiderando o propósito nuclear do efeito suspensivo automático: o reforço da tutela pré-contratual, tendo por base a Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e Conselho, de 11 de Dezembro.

É esta ideia de reforço tutelar dos concorrentes que radica todo o artigo 103º-A do CPTA, pois, são motivos de tutela do concorrente, dos seus interesses e, conseqüentemente, da evitação de comportamentos ilegais por parte das entidades adjudicantes que se pode suprir as problemáticas de aplicação do regime do efeito suspensivo automático. O que, por um lado, condiciona as soluções a que se possa recorrer, porém, por outro lado, podemos cingir a um feixe de respostas que *ab initio* acautelam os objectivos centrais comunitários, no contexto da contratação pública e, especialmente, do recurso aos tribunais de eventuais controvérsias.

Desta feita, é natural afirmar-se, portanto, que o critério da ponderação de interesses, e paralelamente as questões de prova, é o bloco central da nossa análise e representa, ao nosso olhar, o que a jurisprudência tem frequentemente que lidar. Não será tanto uma questão jurídica, mas antes uma má concepção do que é a ponderação de interesses, bem como, acrescente-se, a tendência para o recurso a soluções em normas que não estão contextualizadas para o fim a que se comprometeu o artigo 103º-A do CPTA. Por outras palavras, o regime deste artigo é um regime específico e, como tal, deve reter todas as regras gerais nos espaços em que o seu regime não prescreve qualquer solução. Porém, note-se, não será, como tudo em Direito, absoluto que se aplique remissões de normas que estão fora do regime do efeito suspensivo automático, pois, e repete-se, o regime tem fortes ligações ao Direito Comunitário, o que pode implicar uma dissonância, o que, na verdade, não sucede, apesar de tudo.

Ainda se aditando o facto de que o prazo para se intentar o pedido de levantamento suscita ainda, e não só na doutrina, disparidades, pois, em dois pólos, existe quem defenda um prazo, entendendo que todo o acto processual tem um prazo e que a inexistência do mesmo implicaria um óbice ao carácter urgente do processo e respectivo incidente. De outra banda, existe quem defenda, como nós,

que há, de facto e de direito, inexistência de prazo para se pedir o levantamento do efeito suspensivo automático, negando, assim, o argumento de que a invocação plúrima de factos que obstem à manutenção do efeito suspensivo automático por parte da entidade demandada e/ou contra-interessada seja uma forma de estas frustrarem o respectivo efeito suspensivo e, assim, desvirtuar o objectivo do mesmo. Tal negação basear-se-á na competência, aptidão, dever e experiência que está a cargo do julgador em que ele terá o discernimento de cuidar da urgência que é um dos elementos – se não o elemento – mais importantes no que respeita ao contencioso pré-contratual e, particularmente, ao efeito suspensivo automático.

Bibliografia

VIANA, Cláudia, “A conformação do processo administrativo pelo Direito da União Europeia: o caso paradigmático da cláusula de standstill nos contratos públicos”, *in Comentários à revisão do CPTA e do ETAF*, Coordenação Carla Amado Gomes e outros, AAFDL, 2016, 2ª edição.

ALMEIDA, Mário Aroso de, e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2017, 4ª edição.

MELO, Pedro, CORDEIRO, Maria Ataíde, “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, *in Comentários à revisão do CPTA e do ETAF*, Coordenação Carla Amado Gomes e outros, AAFDL, 2016, 2ª edição.

CERQUEIRA GOMES, Pedro, “O Contencioso Pré-contratual Português – Proposta de Revisão à Luz do Direito da União Europeia”, *in Revista da Ordem de Advogados*, Lisboa, Ano 74, nº1, Jan-Março, 2014.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, “A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos”, *in CJA*, nº115, Janeiro/Fevereiro, 2016.

VIERA DE ANDRADE, José Carlos, *A Justiça Administrativa*, Almedina, 15ª edição, 2016.

OLAZABAL CABRAL, Maria, “Processos urgentes principais – Em especial, o contencioso pré-contratual”, in *CJA*, nº 94, Julho/Agosto, 2012.

CADILHA, António, “Contencioso Pré-contratual”, in *Julgar*, nº 23, 2014.

Referências digitais

CALDEIRA, Marco, “O “novo” contencioso pré-contratual”, Fevereiro, 2017, Centro de Estudos Judiciários, (http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf).

RODRIGUES SILVA, Duarte, “O levantamento do efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual” in *Cadernos Sêrvulo de Contencioso e Arbitragem*, n.º 01/2016, p.10, nota 21 (in <http://www.servulo.com/pt/investigacao-econhecimento/Caderno-Servulo-de-Contencioso-Administrativo-e-Arbitragem-I/5616/>)

