

CADERNOS SÉRVULO

DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E ARBITRAGEM

#01/2016

COLEÇÃO SÉRVULO

O LEVANTAMENTO DO EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO NO CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL

DUARTE RODRIGUES SILVA

Advogado, Mestre em Direito



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

No quadro da recente alteração ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, procurou-se finalmente dar resposta ao défice de transposição da Diretiva Recursos em matéria de contratos públicos. Cerca de seis anos volvidos desde o termo do prazo para a referida transposição, o legislador nacional não se limitou a importar as soluções vertidas na legislação comunitária. Foi mais longe.

O presente texto identifica os principais termos em que o regime do contencioso pré-contratual foi alterado e aborda em concreto a questão do levantamento do efeito suspensivo automático resultante da impugnação da decisão de adjudicação. A perspetiva que se assume é a do direito constituído, independentemente das críticas que as soluções gizadas possam merecer. Algumas dessas críticas são enunciadas ou resultam implícitas do texto e serão, sem dúvida, objeto de acesa discussão doutrinária e jurisprudencial.

Within the context of the recent amendment to the Code of Procedures in Administrative Courts (Código de Processo nos Tribunais Administrativos) an attempt was finally made to make up for the deficit concerning the transposition of the New Procurement Remedies Directive. Almost six years after the deadline to finalise said transposition, the Portuguese legislator did not limit itself to importing that contained within EU legislation, trying, instead, to go further.

With this in mind, this paper identifies the main terms under which the regime relating to procurement judicial remedies was amended and, more specifically, it deals with the issue of overturning the automatic suspension effect of the award decision which follows the challenge to the latter's validity. The perspective this paper takes is according to established law, notwithstanding the criticisms merited by the solutions that have been sketched out. Some of these criticisms appear in this article, either openly stated or contained implicitly in the text, and will, undoubtedly, be subject to heated debates, in doctrine and jurisprudence.



1. O EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO NA DIRETIVA RECURSOS

É bem sabido que a Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro (*Diretiva Recursos*, que altera as Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE)¹, impôs aos Estados-Membros o estabelecimento de um efeito suspensivo automático da decisão de adjudicação, da qual se reaja contenciosamente, até que o Tribunal se pronuncie sobre o pedido formulado. Nos termos do artigo 2.º, n.º 3, de ambas as Diretivas, “caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso”.

Compreende-se a solução: “o espírito da disposição (...) é o de que o efeito suspensivo automático, que deve decorrer da dedução de um pedido principal ou cautelar contra o ato de adjudicação, terá de perdurar até à emissão de uma primeira pronúncia jurisdicional sobre a pretensão do particular”, precisamente com vista a “reforçar a eficácia dos mecanismos contenciosos que visam, em tempo útil (isto é, antes da celebração e execução do contrato), corrigir as ilegalidades praticadas em tal procedimento”². Trata-se, por isso mesmo, de um efeito que “[deve ser] imposto diretamente pela lei em caso de ativação dos instrumentos judiciais de tutela e a que só uma pronúncia jurisdicional, num desses instrumentos, poderá pôr fim”³, com o que se pretende que, “em caso de apresentação de uma pretensão jurisdicional contra o ato de adjudicação, o efeito paralisante da celebração do contrato, que resultava da obrigação de «standstill», seja mantido continuamente, sem hiatos temporais, até que uma instância totalmente independente e imparcial face à entidade adjudicante possa emitir uma primeira pronúncia sobre a viabilidade dessa pretensão”⁴⁻⁵. A citada disposição consagra, assim, para os concorrentes num procedimento pré-contratual, um verdadeiro direito – o direito a beneficiar de um prolongamento automático do efeito suspensivo decorrente da obrigação de “standstill” sempre que, no decurso desta, seja deduzida uma pretensão contenciosa (principal ou cautelar) contra o ato de adjudicação.

Em qualquer caso, o regime europeu não deixou de acautelar a possibilidade de os Estados-Membros “pode[rem] prever que a instância responsável pelo recurso possa ter em conta as consequências prováveis da aplicação das medidas provisórias atendendo a todos os interesses suscetíveis de serem lesados, bem como o interesse público, e decidir não decretar essas medidas caso as consequências negativas das mesmas possam superar as vantagens” (artigo 2.º, n.º 5, também de ambas as Diretivas).

¹ JOUE, L 335/31 (20 de dezembro de 2012).

² Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, Almedina, 2013, p. 368. Cfr., igualmente, o considerando (12) da Diretiva 2007/66/CE.

³ *Idem*, *ibidem*, p. 369.

⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 372.

⁵ Sobre os objetivos pretendidos com a Diretiva 2007/66/CE e os exemplos demonstrativos da necessidade da sua consagração no ordenamento nacional, cfr., ainda, António Cadilha, *Contencioso pré-contratual*, in *Julgar*, n.º 23, 2014, pp. 208-212.



2. O DÉFICE DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA RECURSOS NO CPTA/2002

Igualmente sabida, porém, era a circunstância de o CPTA/2002⁶, mesmo depois de expirado o prazo para a transposição da Diretiva 2007/66/CE⁷, continuar a não assegurar (corretamente) a transposição das duas disposições referidas.

Em primeiro lugar, não prevendo em qualquer das suas disposições relativas ao processo urgente de contencioso pré-contratual (artigos 100.º a 103.º) que a impugnação do ato de adjudicação dentro do prazo de *standstill* produzisse o efeito suspensivo da decisão de adjudicação. Caso o concorrente preterido pretendesse suspender os efeitos do ato de adjudicação teria, para assegurar a sua *paralisação*, que recorrer a uma providência cautelar (de suspensão da eficácia desse mesmo ato).

Mas, nessa circunstância – aqui residindo o segundo fator de *incumprimento* –, durante longo tempo os interessados depararam-se com o obstáculo da falta de previsão expressa de qualquer solução que determinasse a paralisação dos efeitos do ato. Com efeito, nos termos do artigo 132.º, n.º 3, do CPTA/2002, às providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos aplicar-se-iam as regras do *capítulo anterior* (artigos 112.º a 117.º), “*com ressalva do disposto nos números seguintes*”. E estes *números seguintes* não continham qualquer disposição a este propósito. Por sua vez, o artigo 128.º do CPTA/2002, que consagrava a tradicional suspensão imediata e provisória do ato suspendendo, não estava sistematicamente inserido no *capítulo anterior*, mas no mesmo capítulo do artigo 132.º. A esta luz, ainda em 2007, o Supremo Tribunal Administrativo afirmava perentoriamente que às providências cautelares em sede de contencioso pré-contratual não era aplicável o artigo 128.º do CPTA/2002⁸. E, apesar da definitiva inversão do entendimento do Supremo Tribunal Administrativo em 2013⁹, ainda em 2015 havia Tribunais que recusavam essa aplicação, em termos que continuam a justificar a emissão de acórdãos revogatórios nessa matéria¹⁰⁻¹¹.

⁶ Designa-se assim o Código de Processo nos Tribunais Administrativos na versão anterior ao Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e objeto de alteração através Leis n.os 4-A/2003, de 19 de fevereiro, 59/2008, de 11 de setembro, e 63/2011, de 14 de dezembro). Reserva-se a designação CPTA/2015 para a versão do diploma aprovada pelo referido decreto-lei de 2015.

⁷ Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 2007/66/CE, esse prazo findava a 20 de dezembro de 2009.

⁸ Cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 20 de março de 2007, Proc. n.º 01191/06, (disponível em www.dgsi.pt).

⁹ Cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 3 de outubro de 2013, Proc. n.º 0829/13 (disponível em www.dgsi.pt). Nos termos aí sumariados, “*uma interpretação conforme à Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Novembro de 2007 leva a considerar que o art. 128.º do CPTA também seja aplicável ao contencioso cautelar pré-contratual previsto especialmente no art. 132.º do CPTA*”.

¹⁰ Cfr., v.g., o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 11 de fevereiro de 2016, Proc. n.º 12856/16 (disponível em www.dgsi.pt).

¹¹ Apenas por via doutrinária (cfr., v.g., Mário Aroso de Almeida/Carlos Fernandes Cadilha, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Almedina, 2010, pp. 880- 881, e doutrina aí citada) e, necessariamente, jurisprudencial (como visto) se alterou o sentido inicialmente dado ao artigo 132.º do CPTA/2002 para concluir pela aplicabilidade do artigo 128.º (também) às providências cautelares de suspensão de eficácia em contencioso pré-contratual.



Em terceiro lugar — e já perante a aceitação da aplicabilidade do regime do artigo 128.º no domínio das providências relativas à formação de contratos —, permitia-se, contudo, que o efeito suspensivo decorrente da citação da entidade requerida no âmbito de uma providência de suspensão de eficácia fosse levantado por mero efeito da apresentação em juízo de uma *resolução fundamentada* nos termos da qual se alegasse que “o *diferimento da execução seria gravemente prejudicial para o interesse público*” (cfr. o artigo 128.º, n.º 1, in fine, do CPTA/2002).

Sucede porém que, como indicado, o critério que o legislador europeu admitiu para o levantamento do efeito suspensivo foi o da *ponderação de interesses* — a efetuar, não pela própria entidade requerida, mas sim pela “*instância responsável pelo recurso*”, ou seja, o Tribunal¹². Ora, como é curial admitir, ao contrário do que pretendeu o legislador comunitário (pelo menos uma pronúncia por parte da *instância responsável pelo recurso* quanto à ponderação de interesses caso as *consequências negativas* da suspensão *pudessem superar as respetivas vantagens*), no caso da resolução fundamentada e do artigo 128.º, n.º 1, do CPTA/2002, não era uma pronúncia judicial que determinava o levantamento do efeito suspensivo, nem qualquer ponderação de interesses a esse propósito. Diferentemente, para que o ato de adjudicação voltasse, na pendência da ação de impugnação, a produzir na totalidade os seus efeitos, bastaria que a entidade adjudicante declarasse, com melhor ou pior fundamentação, que a paralisação dos efeitos do ato era *gravemente prejudicial* para os interesses a prosseguir.

Se ao referido se aliar (i) a tendencial demora na apreciação dos incidentes de declaração de ineficácia dos atos de execução indevida¹³ e (ii) a relativa *parcimónia* com que eram — e continuam a ser — atendidas as justificações dadas pelas entidades adjudicantes¹⁴, torna-se claro que os mecanismos previstos na Diretiva Recursos acabavam por, na prática, não ter reflexo no regime português.



¹² Na legislação nacional, o critério da *ponderação dos interesses* foi (apenas) recebido como *critério de decretamento* das providências cautelares relativas à formação de contratos: sem prejuízo dos casos e palmar invalidade, o CPTA previa — e continua a prever, mas num cenário de relativa *capitis diminutio* do regime do artigo 132.º, que já não se aplica aos *contratos comunitários* — que a concessão ou não concessão de tais providências cautelares dependeria apenas do resultado da ponderação de interesses a que procedesse o Tribunal (artigo 132.º, n.º 6).

¹³ Como é sabido, “a «*resolução fundamentada*» só deve ser *escrutinada ou perscrutada pelo tribunal pela via do incidente de declaração de ineficácia dos atos de execução indevida previsto no artigo 128.º, n.os 4 a 6, do CPTA, a suscitar pelo requerente cautelar, pelo que somente neste pressuposto cabe ao julgador aferir da procedência ou improcedência das razões em que a resolução se fundamenta*” (cfr., v.g., o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 5 de dezembro de 2014, Proc. n.º 01183/14.8BELSB, disponível em www.dgsi.pt).

¹⁴ A coberto do entendimento segundo o qual “quanto ao julgamento de improcedência das razões em que se funda a resolução fundamentada, indicado no artigo 128.º, n.º 3, do CPTA, é um julgamento que apela a um critério de evidência. Ao apreciar as indicadas razões não pode o Tribunal invadir a margem de livre decisão da Administração, os poderes discricionários de que dispõe para valorar a melhor forma de prosseguir o interesse público. Naquele juízo apenas pode o Tribunal apreciar situações de erro manifesto, ostensivo, evidente, quer por inexistir uma situação de urgência, quer por não haver o indicado interesse público que se diz querer acautelar, ou por a imediata suspensão da execução não ser gravemente prejudicial a tal interesse. Mas não pode o Tribunal esmiuçar as razões invocadas, escrutinando da sua conveniência, maior ou menor importância ou razoabilidade, mais ou menos forte proveito ou gravidade, substituindo-se à Administração na valoração do interesse público a proteger, sob pena de se ferir inelutavelmente o princípio da separação de poderes. O juízo a fazer, como acima se disse, é apenas um juízo de evidência ou certeza quanto ao erro. Não é um juízo de valoração ou de ponderação relativamente às razões invocadas. Basta que as razões sejam invocadas e provadas pelo Recorrido, que a realidade as não desminta, para se deverem ter por verificadas, sem ter o Tribunal que ponderar se essas razões se devem ponderar como o faz o Recorrido, ou antes como pretende que o sejam o Recorrente. Dito de outro modo, não sendo evidente, manifesto, que as razões invocadas na resolução fundamentada estão erradas ou inexistem, não deve o Tribunal considerá-las improcedentes” (cfr. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 7 de fevereiro de 2013, Proc. n.º 09232/12, disponível em www.dgsi.pt). Neste mesmo sentido restritivo, chegando a sublinhar que “a resolução fundamentada no art. 128.º do CPTA [só] pecará se acaso não contiver «razões», se elas forem irreais ou se não suportarem logicamente a inferência de que o diferimento da execução lesaria gravemente o interesse público”, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de agosto de 2010, Proc. n.º 0637/10, disponível em www.dgsi.pt.



3. AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA REFORMA DE 2015: EM GERAL

Tendo presente esta realidade, o CPTA/2015 previu uma solução distinta, “*com o propósito de proceder finalmente à transposição das Diretivas recursos, [associando] um efeito suspensivo automático à impugnação dos atos de adjudicação*” (cfr. o ponto 5.2 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro). Assim, nos termos do (novo) artigo 103.º-A, n.º 1, do CPTA, a impugnação de atos de adjudicação no âmbito do contencioso pré-contratual urgente “*faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado*”.

Apesar da sua filiação no objetivo de finalmente proceder à transposição nacional das garantias (contenciosas) previstas na *Diretiva Recursos*, a solução encontrada pelo legislador português integra, verdadeiramente, um **triplo alargamento**¹⁵ da tutela do impugnante relativamente à previsão comunitária.

A *Diretiva Recursos* prevê (i) apenas a suspensão dos efeitos do ato de adjudicação, (ii) se o meio de reação judicial for apresentado no prazo máximo de 10 dias ou de 15 dias (consoante a decisão de adjudicação seja comunicada por via eletrónica ou por outras vias, respetivamente)¹⁷, prevendo ainda que (iii) este efeito suspensivo possa ser levantado mediante a ponderação de *todos os interesses suscetíveis de serem lesados*.

O legislador português optou por outra solução: (i) por um lado, a propositura da ação de contencioso pré-contratual não determina apenas a suspensão dos efeitos da decisão de adjudicação, como também do contrato, no caso de este já ter sido celebrado¹⁸; (ii) por outro lado (e com precedência lógica sobre o anterior), a obtenção de qualquer destes efeitos tem lugar dentro do prazo geral de um mês definido para a ação de contencioso pré-contratual¹⁹; (iii) por fim,

¹⁵ Dir-se-á, mesmo, *quíntuplo*: (i) existem contratos relativamente aos quais a *Diretiva Recursos* não prevê um período de *standstill* e que, nessa medida, não estão por essa via abrangidos pelo prolongamento desse efeito em virtude de reação contenciosa — o legislador nacional não previu qualquer exceção à aplicabilidade deste efeito suspensivo; (ii) a *Diretiva Recursos* admite a possibilidade de levantamento do efeito suspensivo após uma ponderação (pela *instância responsável pelo recurso*) dos interesses em presença — contudo, o legislador nacional não previu o mero efeito devolutivo do recurso sobre a decisão adotada no incidente a que se refere o artigo 103.º-A, n.º 2, o que significa que, afora uma laboriosa interpretação que o demonstre, tais recursos terão efeito suspensivo, nos termos do artigo 143.º, n. 1, do CPTA/2015 (ao contrário da — e em absoluta antinomia com a — solução acolhida para os recursos em matéria de providências cautelares).

¹⁶ Pronunciando-se contrariamente às soluções de aplicabilidade do efeito suspensivo *fora* dos casos de *standstill* (seja por a celebração dos contratos não estar a ele sujeita, seja quando tal prazo já tenha sido ultrapassado), em termos que não se repudiam, cfr. António Cadilha, *Contencioso pré-contratual*, cit., p. 214.

¹⁷ Se o meio de reação for apresentado após o prazo aplicável, o legislador europeu já não impõe qualquer efeito suspensivo. E se à data da reação judicial o contrato já tiver sido celebrado, os seus efeitos produzem-se nos termos gerais.

¹⁸ No caso de aplicação do *standstill*, nos termos previstos no Código dos Contratos Públicos, pressupõe-se que a celebração tem lugar depois de terminado este prazo, sob pena de invalidade do contrato, nos termos do respetivo artigo 283.º-A, n.º 1, alínea b).

¹⁹ Resultando, potencialmente e na prática, alargado o *standstill*, do prazo de 10 dias previsto no Código dos Contratos Públicos (dias úteis, nos termos do artigo 470.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, deste modo, já de si mais alargado — e dir-se-ia que suficiente — do que o prazo mínimo previsto na Diretiva, que é expresso na referência a que os prazos aí fixados para este efeito são contínuos), para o prazo de um mês.



para obter o levantamento do efeito suspensivo os interessados (entidade demandada e contrainteressados) devem alegar que “o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências claramente desproporcionadas para outros interesses, havendo lugar, na decisão”, à ponderação dos interesses em presença (artigo 103.º-A, n.º 2)²⁰.

A previsão de um efeito suspensivo automático do ato de adjudicação, dependendo apenas da sua impugnação no âmbito do contencioso pré-contratual, resulta de uma ponderação legislativa entre (i) a necessidade de assegurar a eficácia da tutela jurisdicional dos concorrentes preteridos por uma adjudicação potencialmente ilegal e (ii) a prossecução do interesse público através do contrato adjudicado. Nesta ponderação, o legislador deu clara primazia à primeira, admitindo não só a suspensão do procedimento pré-contratual mas também da execução do próprio contrato, tudo, como indicado, em prol da utilidade e efetividade da impugnação deduzida através deste meio processual urgente e da sentença que venha a ser proferida.

Subjacente às alterações introduzidas nesta matéria ao CPTA, parece, assim, entre o mais, estar a verificação do défice de tutela jurisdicional dos participantes em procedimentos de contratação pública cujas propostas tenham sido invalidamente preteridas. A prática do ato de adjudicação, a par do regime cautelar anteriormente vigente, e a posterior celebração e início de produção de efeitos do contrato, tendiam a tornar material ou juridicamente irreversíveis as infrações ao direito da contratação pública no plano da reparação natural, i.e., impedindo a reconstituição da situação jurídico-procedimental existente antes de praticadas tais infrações. Tendo presente a tendência de as entidades adjudicantes se *apressarem* a celebrar os contratos antes de qualquer decisão judicial, a tendência generalizada para a apresentação de *resoluções* fundamentadas em sede cautelar e a prática corrente da simples aceitação de tais resoluções por parte dos Tribunais, o legislador inverteu a solução anteriormente gizada.

O efeito suspensivo — sobre o ato adjudicatório ou sobre o contrato, se já celebrado — é, pois, automático. Desta automaticidade resulta caber à entidade adjudicante (e aos contrainteressados) suscitar o incidente de levantamento desse efeito suspensivo. E fazê-lo, não ao abrigo de uma mera “*resolução fundamentada*”, desacompanhada de qualquer elemento probatório, mas nos termos de um verdadeiro e próprio requerimento processual, propulsor de um — também verdadeiro e próprio — incidente processual.

²⁰ Causa estranheza, desde logo, que o artigo 103.º-A, n.º 2, defina o critério de decisão do levantamento do efeito suspensivo na norma aparentemente atinente aos requisitos do requerimento, remetendo para o artigo 120.º, n.º 2 (“a adoção da providência ou das providências é recusada quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências”) para, no n.º 4, especificar o critério a adotar na decisão do incidente (“o efeito suspensivo é levantado quando, ponderados os interesses suscetíveis de serem lesados, os danos que resultariam da manutenção do efeito suspensivo se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento”). Não sendo os termos utilizados exatamente idênticos, cumprirá sempre aferir se existe diferença entre as soluções, e.g. quanto à possibilidade de o Tribunal ponderar nesta sede a atenuação ou eliminação de danos pela adoção de outras providências/medidas provisórias.



A configuração do levantamento do efeito suspensivo como um incidente processual a cargo da entidade demandada (ou dos contrainteresados)²¹ tem como primeiro resultado a sujeição destas partes processuais às regras impositivas dos ónus de alegação e prova a que se referem os artigos 342.º, n.º 1, do Código Civil, 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 293.º, n.º 1, 410.º, 414.º do Código de Processo Civil e, em especial, o artigo 103.º-A, n.º 2, do CPTA/2015²². Na falta de alegação de factos concretos (não se bastando a invocação de meros juízos conclusivos) e de prova da sua verificação (não bastando a mera alegação), não pode ser julgado procedente o incidente legalmente previsto.

Esta afirmação está em absoluta consonância com o papel que o legislador reservou aos tribunais administrativos na utilização de argumentos de interesse público: *“o único interesse público pelo qual cabe ao juiz administrativo zelar é o da paz jurídica. E quando (...) a lei lhe manda que pondere os interesses em oposição, ele sopesa o interesse público como o interesse prosseguido por uma das partes no litígio e não como um interesse que sempre deva prevalecer sejam quais forem as exigências formuladas sob a sua invocação”*²³.

Assim, na falta de especificação de factos concretos e da sua prova, a alegação produzida (mesmo por uma entidade demandada nesta sede), terá de improceder (ao contrário do que, na prática, ainda sucede ao abrigo do mecanismo de *resolução fundamentada*).

²¹ O artigo 103.º-A, n.º 2, do CPTA/2015 não previu um prazo para a apresentação deste requerimento. Admite-se que esta omissão é propositada. Com efeito, nem sempre a necessidade do levantamento do efeito suspensivo se manifesta imediatamente. É perfeitamente concebível uma circunstância em que é em virtude da demora do processo que essa necessidade surge. O que *hoje* se afigura «comportável» pode bem *amanhã* tornar-se «urgente». O que num determinado momento configura apenas um prejuízo normal para o interesse público ou uma lesão proporcional para outros interesses pode, por mero decurso do tempo, tornar-se um grave prejuízo ou uma lesão *claramente desproporcional*. Do mesmo passo que, em geral, uma providência cautelar pode ser requerida em qualquer momento do processo (cfr. o artigo 113.º, n.º 1, do CPTA/2015) e a decisão que sobre ela recaia pode ser revisitada perante a alteração das circunstâncias sobre que incidiu o juízo (cfr. o artigo 124.º do CPTA/2015), seria salutar que esta omissão fosse interpretada no sentido de que a apresentação do requerimento de levantamento do efeito suspensivo pode ser requerida a todo o tempo. Caberá à jurisprudência aferir se estas razões procedem ou se, tendo-se mantido a solução de a resolução fundamentada em processo cautelar ter de ser apresentada em 15 dias (cfr. o artigo 128.º, n.º 1, do CPTA/2015), as considerações que possam ter justificado a manutenção dessa solução são aplicáveis no caso em análise — circunstância em que, na falta de prazo legalmente previsto, haveria de aplicar-se o prazo de 5 dias previsto no artigo 102.º, n.º 3, alínea c), do CPTA/2015.

²² De resto, não se compreenderia uma regra de oficiosidade/inquisitório do Tribunal na apreciação de prejuízos ou lesão não invocados ou demonstrados, como parece entender Paulo Pereira Gouveia, *A nova ação administrativa de contencioso pré-contratual*, in *Julgar*, n.º 26, 2015, p. 53.

²³ Cfr. Sérvulo Correia, *A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo*, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, 2015, p. 700.



4. EM ESPECIAL: O CRITÉRIO DEFINIDO PELO LEGISLADOR DE QUE DEPENDE O LEVANTAMENTO DO EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO

Concretamente quanto ao regime contido no artigo 103.º-A, n.º 2, do CPTA/2015, aí se estabelece, como indicado, que a entidade demandada e/ou os contrainteressados²⁴ podem requerer ao juiz o levantamento do efeito suspensivo, “alegando que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”.

Ponto fundamental a atender na aplicação do regime assim gizado é, pois, o do grau dos prejuízos ou das consequências decorrentes da suspensão de efeitos pré-determinada pela lei.

O legislador *sabia* que qualquer suspensão de efeitos da atuação administrativa é, sempre e em qualquer caso, lesiva do interesse público. Estando a atuação administrativa votada à prossecução de um concreto interesse público que lhe subjaz, a automática suspensão dos efeitos de um ato (ou de um contrato) em virtude da sua impugnação não tem como não prejudicar, em determinada medida, esse interesse. E, não obstante, o legislador terá considerado, na sua ponderação primária, que um tal prejuízo não é mais do que *normal* e que o risco da sua ocorrência cabe na esfera da entidade adjudicante, que tem de o internalizar.

Só assim poderá não ser quando o Tribunal verifique, à luz de factos concretos alegados e demonstrados, que, no caso concreto, a manutenção da paralisação dos efeitos do ato impugnado é **gravemente prejudicial** para o interesse público concretamente prosseguido. Não bastará, pois, o prejuízo normal resultante da suspensão da adjudicação, sendo necessário que se verifique um dano superior ao que resultará sempre para a entidade adjudicante desse efeito legalmente prescrito da impugnação do ato de adjudicação²⁵.

Sem prejuízo de se questionar o acerto da opção legal (ou, pelo menos, a clareza com que foi expressa), parece resultar da interpretação das normas em causa que o legislador terá admitido a possibilidade de o efeito suspensivo perdurar mesmo que o autor não invoque qualquer prejuízo, no que poderá redundar em situações manifestamente injustas e mesmo premiar ocultos intuitos meramente dilatatórios²⁶.

²⁴ Como em geral, o legislador não indicou que parte pode alegar que prejuízos. Aparentemente, poderia a entidade demandada alegar os prejuízos para o(s) contrainteressado(s) e este(s) os prejuízos para o interesse público. Tenha-se contudo presente que a Administração está sempre vinculada à prossecução do interesse público, pelo que a falta de apresentação, por parte desta, do requerimento de levantamento do efeito suspensivo pode (se não mesmo *deve*) tornar simples o labor do Tribunal na verificação de que um tal prejuízo não existe ou, pelo menos, não assume a gravidade apta a permitir o juízo de levantamento desse efeito suspensivo.

²⁵ O mesmo se refere em relação aos outros interesses em presença. Não bastará a lesão conatural à suspensão dos efeitos do ato impugnado ou do contrato que já tenha sido celebrado. Necessário se torna que essa suspensão lese os outros interesses de forma **claramente desproporcional**.

²⁶ Apenas passíveis de ser processualmente limitados através dos mecanismos previstos nos artigos 531.º (aplicação excecional de uma taxa sancionatória quando a ação seja manifestamente improcedente) e 542.º (litigância de má-fé) do Código de Processo Civil.



Desde logo, sendo o efeito suspensivo automático, na pretensão que dirija ao Tribunal o autor não terá que invocar qualquer prejuízo concreto. Em seguida, como visto, o legislador impôs ao *requerente* a alegação (e prova) de efeitos graves ou *claramente desproporcionados*. Numa terceira fase, o *autor* dispõe de um prazo de 7 dias para responder. Em face dos requisitos estabelecidos para o requerimento de levantamento, o *autor* pode tomar uma de quatro opções: (i) não responder, v.g. por verificar que não foram invocados prejuízos graves ou *lesões claramente desproporcionadas*; responder, centrando a sua defesa (ii) na contestação das razões invocadas pelos *requerentes*, (iii) na alegação e prova dos efeitos que para si resultam do levantamento do efeito suspensivo, ou (iv) em ambos os segmentos argumentativos.

Por outras palavras: na solução adotada na reforma de 2015, não está em causa a mera contraposição dos danos resultantes da manutenção do efeito suspensivo com os que podem advir do seu levantamento; caso contrário, o legislador ter-se-ia limitado a remeter para o artigo 120.º, n.º 2, sem quaisquer referências adicionais²⁷. Ao invés, o n.º 2 do artigo 103.º-A do CPTA/2015 prevê um crivo adicional e prévio à ponderação de interesses: só depois de se concluir pela gravidade dos prejuízos invocados e/ou pela patente desproporcionalidade da lesão de outros interesses é que se deverá aplicar o critério do artigo 120.º, n.º 2, do CPTA/2015, (aparentemente) repetido no n.º 4 do respetivo artigo 103.º-A, e que consiste na referida ponderação entre esses prejuízos qualificados com a manutenção do efeito suspensivo e os danos que podem resultar do seu levantamento para o autor²⁸.

É neste quadro que o Tribunal terá de decidir (i) em primeiro lugar, se foram alegados e provados factos que corporizem prejuízos graves para o interesse público ou o carácter *claramente desproporcional* em resultado da manutenção do efeito suspensivo para outros interesses envolvidos; ultrapassado este crivo, (ii) em segundo lugar, se, num juízo ponderativo, se pode concluir pela superioridade desses prejuízos ou lesões relativamente ao dano que o levantamento do efeito suspensivo provocará nos interesses do demandante²⁹⁻³⁰.

Independentemente da resposta que o juízo ponderativo possa determinar, e como anteriormente indiciado, cabe, finalmente, determinar se o Tribunal pode incluir no juízo do incidente a adoção de outras medidas provisórias que permitam atenuar ou limitar os efeitos da sua decisão.

Como visto, a parte final do artigo 103.º-A, n.º 2, ao remeter o critério de decisão para o artigo 120.º, n.º 2, parece admitir essa solução. Mas o n.º 4 não lhe faz qualquer referência.

A *ratio* da admissibilidade do poder de conformação do Tribunal na tutela cautelar a deferir depende tipicamente do concreto interesse que o *requerente* pretenda salvaguardar e da *justa medida* de proteção que a sua posição jurídica merece³¹. Sucede que, no caso em análise, (i) ao autor não é exigido que reclame uma qualquer tutela cautelar; e (ii) não está prevista a adoção de *medidas provisórias* para o caso de impugnação de atos de adjudicação³².

Se, de um lado, se defere uma proteção automática ao impugnante da decisão de adjudicação, de outro lado, ao impedir-se o poder de conformação do Tribunal na ponderação de interesses, pode o *autor* ficar menos protegido do que se estivesse a impugnar um qualquer outro ato pré-contratual. Mas ao mesmo tempo, não deixa de verificar-se que o artigo 103.º-B do CPTA/2015 (e o artigo 120.º) não estabelece qualquer exigência gradativa quanto à lesão invocável por parte da entidade demandada (ou outros interessados). Aí estará em causa a mera contraposição entre uns e outros interesses, sem quaisquer requisitos adicionais.



A esta luz, parece ter pretendido o legislador limitar o poder do Tribunal ao que consta do artigo 103.º-A, n.º 4, do CPTA/2015, não habilitando o Tribunal a substituir o efeito suspensivo automático que decorre da impugnação do ato de adjudicação por qualquer outra medida provisória.

²⁷ Independentemente do mérito da solução gradativa adotada (e dos próprios termos utilizados, que poderiam em si mesmos constituir um critério de decisão absoluto) em face da solução menos exigente permitida pela *Diretiva Recursos*, mas que teria a vantagem de colocar em pé de igualdade todos os interesses em presença. Porventura o legislador, conhecedor da prática tendencial de se privilegiar a mera invocação do interesse público, terá pretendido por esta via limitar essa tendência, erigindo a *patologia* (e não o *dever-ser*) como critério orientador da formulação final adotada.

²⁸ O legislador entendeu o prejuízo para o autor em não aceder ao contrato como sendo suficiente para impedir a imediata prossecução do interesse público. Deste modo, “em caso de «empate», digamos assim, o tribunal não deve levantar o efeito suspensivo” (cfr. Rodrigo Esteves de Oliveira, *A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos*, in CJA, n.º 115, janeiro/fevereiro de 2016, p. 24).

²⁹ Crê-se que assim, ao mesmo tempo que se respeita a solução permitida pelo artigo 2.º, n.º 5, da *Diretiva Recursos* e se evita a paralisação cega da atividade das entidades adjudicantes, se mitigam as reservas manifestadas por Mário Aroso de Almeida quando refere que, a seu ver “a efetividade da tutela jurisdicional no contencioso administrativo em geral, e, portanto, no contencioso pré-contratual em particular, não pode depender de juízos de ponderação de prejuízos que, na prática, tendem a favorecer a prossecução do interesse público, mas da célere emissão de decisões de mérito, que determinem quem, efetivamente, tem razão quanto ao fundo das questões” (cfr. *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, 2016, p. 9), ainda que se concorde que a célere decisão de mérito deveria ser privilegiada.

³⁰ Nos termos previstos legalmente, ultrapassado o primeiro passo a ponderação deverá sempre existir, visto ser esse o *critério de decisão* expressamente previsto. O legislador terá entendido que à *gravidade* do prejuízo para o interesse público e à lesão claramente desproporcional para outros interesses poderá estar contraposto uma lesão também grave ou *claramente desproporcional* para os interesses do demandante que possa prevalecer sobre aqueles.

³¹ Cfr. Mário Aroso de Almeida/Carlos Fernandes Cadilha, *Comentário*, pp. 816-818.

³² O regime estabelecido nos artigos 100.º e seguintes é especial em relação ao regime geral e o artigo 103.º-B (medidas provisórias) é expreso em limitar o seu âmbito de aplicação aos “processos que não tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação”, retomando-se na parte final do respetivo n.º 3, a habilitação do Tribunal no poder de conformação da adoção de medidas provisórias.

CADERNOS SÉRVULO

DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E ARBITRAGEM

Através da coleção “Cadernos Sérvulo” pretendemos tornar acessível por via eletrónica aos nossos clientes e parceiros, bem como à comunidade jurídica em geral, alguns textos que, nascidos do nosso exercício da advocacia, assumem uma dimensão que vai para além do caso concreto. Por isso mesmo, os “Cadernos Sérvulo” destinam-se a acolher trabalhos (ou parte deles) que, sem quebra do sigilo profissional nem relação com causas pendentes, aliem a vertente da investigação científica com a da relevância prática.

No domínio do Direito Público os “Cadernos Sérvulo” abrangem, entre outras áreas, as do Direito Administrativo Geral, do Direito dos Contratos Públicos, dos Direitos da Energia e do Urbanismo e do Contencioso Administrativo e Arbitragem. Mas isto sem esquecer que, nos nossos dias, o Direito Administrativo é “Direito Constitucional concretizado”.

Os trabalhos publicados vinculam apenas os respetivos autores que, através deles, procuram ordenar conhecimentos dispersos ou ir mais além, dando respostas inovatórias a velhos e novos reptos colocados pela prática do direito.

