

A tutela  
cautelar no  
contencioso  
pré-contratual

TELLES  
TELLES DE ABREU | ADVOGADOS

Centro de Estudos Judiciários - 16.06.2021

Pedro Matias Pereira  
[p.pereira@telles.pt](mailto:p.pereira@telles.pt)

## O contencioso pré-contratual urgente

- Regime especial resulta de imposição do direito europeu – *Diretiva Recursos* (Directiva 2007/66/CE)
  - Parte de um regime comum que (em conjunto com o regime da contratação pública) visa um *mercado europeu de contratos públicos*
    - Regras similares na adjudicação e na reação judicial
  - **Impugnação das peças do procedimento:**
    - A Diretiva recursos exige um meio judicial destinado à *supressão de especificações técnicas, económicas ou financeiras ou outras determinações discriminatórias*.
  - **Impugnação de atos pré-contratuais** (v.g., qualificação e adjudicação)

## A tutela cautelar no contencioso pré-contratual

- As oscilações no regime da tutela cautelar no contencioso pré-contratual:
  - Claramente insatisfatório, até 2015, no cumprimento das obrigações de Direito Europeu
  - Generoso, a partir de 2015, com o efeito suspensivo automático a ser alargado a atos/contratos praticados/adjudicados em quaisquer tipos de procedimentos
  - Desde 2019 (incluindo 2021) o legislador tem vindo a temperar a generosidade de 2015, reduzindo o âmbito de aplicação do efeito suspensivo automático e fazendo pender a ponderação de interesses para o lado das entidades adjudicantes

## O regime procedimental de *standstill*

- Os artigos 104.º e 95.º/3 do CCP transpuseram, em 2008 e adequadamente, a regra do *standstill*

### *Artigo 2.o-A da Diretiva recursos Prazo suspensivo*

1. *Os Estados-Membros devem garantir que as pessoas a que se refere o n.o 3 do artigo 1.o disponham de um **prazo suficiente para assegurar o recurso eficaz das decisões de adjudicação de contratos tomadas por entidades adjudicantes**, mediante a aprovação das disposições necessárias que respeitem as condições mínimas estabelecidas no n.o 2 do presente artigo e no artigo 2.o-C.*
2. *A celebração de um contrato na sequência da decisão de adjudicação de um contrato abrangido pela Directiva 2004/18/CE não pode ter lugar antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos, a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação do contrato*

## O regime procedimental de *standstill*

- Mas as exigências processuais da Diretiva foram esquecidas até à revisão de 2015 do CPTA

*Artigo 2.º da Diretiva recursos*

*Requisitos do recurso*

3. *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.*

- Isto é, teria que haver uma **decisão judicial antes da celebração do contrato**, o que nosso contencioso pré-contratual pré-reforma de 2015 não assegurava

## A suspensão automática da eficácia dos atos pré-contratuais

- Até à revisão de 2015, a forma encontrada para dar cumprimento às exigências da *Diretiva Recursos* era fazer aplicar às *Providências relativas a procedimentos de formação de contratos* (art. 132.º do CPTA) a *proibição de executar ato administrativo* (artigo 128.º do CPTA)
- Mas era um expediente muito insatisfatório:
  - A providência tinha que dar entrada antes da celebração do contrato (pois o artigo 128.º não impedia a produção de efeitos do contrato, mas apenas do aa – cf. Acórdão do STA de 03.10.2013, p. 829/13)
  - A E.A. poderia invocar, em *resolução fundamentada*, motivos de interesse público que obviavam à suspensão, i.e.,
    - a E.A. podia celebrar o contrato sem que houvesse **prévia intervenção do Tribunal** (apenas posterior, em sede de *incidente de declaração de ineficácia dos atos de execução indevida* e com poderes de controlo limitados à “improcedência” das razões de interesse público).
  - Quanto à concessão da providência, a jurisprudência que se formou a respeito da não concessão de tais providências considerava a perda do contrato um risco normal e indemnizável e, portanto, insuscetível de ser considerada um *prejuízo de difícil reparação* (e, menos ainda, suscetível de gerar uma situação de facto consumado).

## O efeito suspensivo automático

- A *Diretiva Recursos* exige:
  - que o **efeito suspensivo** esteja diretamente associado à **impugnação judicial do aa** (i.e., sem necessidade de recorrer a processos cautelares)
  - Que **só possa ser afastado por decisão judicial** (e não por vontade da E.A.)
- Em 2015 deu-se uma alteração substancial do *status quo* existente
  - o artigo 103.º-A veio, com a previsão do ***efeito suspensivo automático***, permitir evitar que o contrato seja celebrado ou continue a ser executado até que haja uma pronúncia jurisdicional sobre a impugnação do aa.
  - E essa pronúncia judicial pode ponderar/avaliar (e não apenas atestar a existência efetiva – “procedência das razões”) de prejuízos para o interesse público e respetiva gravidade, confrontando-os com os que emergem para o interesse privado.

## O efeito suspensivo automático

- Essa alteração conduziu a vários casos de suspensão de eficácia de contratos determinantes de certas políticas públicas (ex: em matéria de transporte rodoviário ou de empreitadas de equipamentos públicos)
  - Disseminou-se a ideia, incluindo entre a jurisprudência, de que o Direito Europeu **exige a suspensão** e só **extraordinariamente permite que essa suspensão seja ultrapassada antes de uma decisão de mérito sobre a impugnação.**

## A alteração de 2019 – Lei n.º 118/2019

### Artigo 103.º-A

1. *As ações de contencioso pré-contratual que tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação relativos a procedimentos aos quais seja aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 95.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º do Código dos Contratos Públicos, desde que propostas no prazo aí previsto, fazem suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado.*



- **Marcha-atrás:** a redução do âmbito de aplicação ao estritamente necessário para cumprir com a Diretiva recursos, por referência aos procedimentos a que, nos termos do CCP, se aplica a regra de *standstill*

## A alteração de 2019 – efeito suspensivo automático

- Redução do âmbito de aplicação:
- **aa a que seja aplicável o artigo 95.º/3 do CCP**
- **aa a que seja aplicável artigo 104.º/1/a) do CCP**
  - Ou seja, apenas nos casos em que se aplica o *standstill* (e o CCP já limitava a aplicação desse efeito aos casos abrangidos pela Diretiva, i.e., contratos com publicidade internacional)
  - Daí, também, a irrelevância das medidas especiais de contratação pública previstas na Lei n.º 30/2021
- **E desde que as ações sejam propostas no prazo de 10 dias (do *standstill*)**

## A alteração de 2019 – efeito suspensivo automático

Resultados práticos da redução do âmbito de aplicação:

- **Não há efeito suspensivo automático em todos os procedimentos sem publicidade internacional** (concursos públicos, consultas prévias, etc.)
- E, mesmo nos casos de procedimentos com publicidade internacional **é necessário que as ações sejam propostas no prazo de 10 dias úteis (i.e., durante o prazo de *standstill*)**
  - Se forem propostas depois o efeito suspensivo automático não se aplica

## A alteração de 2019 – medidas provisórias

*Artigo 103.º-B*

*Adoção de medidas provisórias*

*1 - Nas ações de contencioso pré-contratual em que **não se aplique ou tenha sido levantado o efeito suspensivo automático previsto no artigo anterior**, o autor pode requerer ao juiz a adoção de medidas provisórias, destinadas a (...).*

- **Alargamento do âmbito de aplicação:** passou a ser para todos os casos em que não haja efeito suspensivo automático (antes: *processos que não tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação*)
  - Sucedâneo do efeito suspensivo automático (falta de automaticidade – a E.A. pode executar o aa e celebrar o contrato)

## A alteração de 2019 – medidas provisórias

- Alargamento do âmbito de aplicação das medidas provisórias:
  - passou a ser para todos os casos em que **não haja (*não se aplique ou tenha sido levantado o*) efeito suspensivo automático** (antes: *processos que não tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação*)
  - Incluem-se **todos os casos de aa em que não se aplica o efeito suspensivo automático**
    - i.e., procedimentos em que não se aplique o *standstill* e, notoriamente, todos os aa praticados em procedimentos sem publicidade internacional
    - A falta de automaticidade implica uma **demonstração concreta de efetivos prejuízos**
      - os prejuízos concretamente invocados não se podem limitar à circunstância de o requerente das medidas não vir a beneficiar da utilidade económica resultante de uma hipotética participação na relação contratual.

## A alteração de 2019 – medidas provisórias

- Além da falta de automaticidade, há a exigência de um *periculum in mora* específico (art. 103.º-B/1):
  - Constituição de uma situação de facto consumado  
ou
  - já não será possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário
  
- *Periculum in mora* específico:
  - **Artigo 45.º-A/1/a do CPTA:** se, no âmbito de um procedimento pré-contratual for celebrado e executado o contrato, há lugar à modificação do objeto do processo:
    - ❑ Passa a existir uma situação de impossibilidade de satisfação da pretensão (de voltar ao procedimento e ser eventualmente novamente adjudicado)
    - ❑ O que o impugnante pode pretender é uma indemnização.
  
  - A medida provisória serve precisamente para evitar que o prosseguimento do procedimento (sua adjudicação, celebração e execução do contrato) conduza à impossibilidade de satisfação da pretensão

## A alteração de 2019 – medidas provisórias

- O *pedido de adoção de medidas provisórias* continua a ser o meio cautelar próprio das ações de impugnação das peças do procedimento:
  - Suspensão do procedimento
  - Suspensão de normas do procedimento e admissão (provisória) – p.e., contrariando uma decisão de não qualificação ou antecipando uma exclusão de proposta em virtude de critérios ou exigências do programa/C.E. que considere ilegais

## A alteração de 2021 – Lei n.º 30/2021, de 21.05

➤ **Elimina-se o atual 102.º/2** (*Só são admissíveis alegações no caso de ser requerida ou produzida prova com a contestação*)

➤ **Acrescenta-se um novo n.º 2 ao artigo 102.º:**

*Uma vez distribuído, o processo é concluso ao juiz para **despacho liminar, a proferir no prazo máximo de 48 horas**, no qual, sendo a petição admitida, é ordenada a citação da entidade demandada e dos concontrainteresados, com advertência, se verificados os respetivos pressupostos do disposto n.º 1 do artigo 103.º -A.*

➤ **Controlo dos efeitos da citação** (considerando que, desde 2019, são variáveis, dependendo da aplicação do regime de *standstill*)

➤ **Maior demora** (pode inviabilizar o impedimento da assinatura do contrato, considerando o *standstill* de 10 dias)

## A alteração de 2021 – Lei n.º 30/2021, de 21.05

- Acrescenta-se um **n.º 3** ao artigo 102.º:

*Constituem fundamento de indeferimento liminar a manifesta ausência dos pressupostos processuais ou a manifesta falta de fundamento das pretensões formuladas.*

➤ **Controlo dos pressupostos processuais do efeito suspensivo automático**

- Paralelismo com o artigo 116.º/2 do CPTA

- **Alteração dos prazos no artigo 103.º-A/3:**

*O autor dispõe de **cinco dias** [antes: 7] para responder ao pedido de levantamento, seguindo -se, sem mais articulados e no prazo máximo de **sete dias** [antes: 10] após a realização das diligências instrutórias absolutamente indispensáveis [antes: não se fazia referência às diligências instrutórias para o início do prazo], a decisão do incidente pelo juiz.*

## A alteração de 2021 – Lei n.º 30/2021, de 21.05

- Altera-se o critério de decisão previsto no n.º 4 do artigo 103.º-A

### ➤ Atualmente:

*O efeito suspensivo é levantado quando, ponderados todos os interesses suscetíveis de serem lesados, o diferimento da execução do ato seja **gravemente prejudicial para o interesse público** ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos.*

### ➤ Alteração

*O efeito suspensivo é levantado quando, devidamente ponderados todos os interesses públicos e privados em presença, **os prejuízos que resultariam da sua manutenção se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento.***

- Ponderação de interesses simples: **não tem que haver grave prejuízo para o interesse público**
- Um alteração (retrocesso?) em favor das entidades adjudicantes: as situações de **(simples) constrangimento ao interesse público** poderão passar a autorizar o levantamento do efeito suspensivo?

## A alteração de 2021 – Lei n.º 30/2021, de 21.05

- O novo critério de decisão previsto no n.º 4 do artigo 103.º-A

- **A Diretiva Recursos – artigo 2.º, n.º 5:**

*Os Estados-Membros podem prever que a instância responsável pelo recurso possa ter em conta as consequências prováveis da aplicação das medidas provisórias **atendendo a todos os interesses susceptíveis de serem lesados, bem como o interesse público, e decidir não decretar essas medidas caso as consequências negativas das mesmas possam superar as vantagens.***

- **“Consequências negativas” vs. “vantagens”**

- No CPTA: *prejuízos da manutenção vs. prejuízos do levantamento*
- Paralelismo com o critério das medidas provisórias – **art. 103.º-B/3:**

*As medidas provisórias são recusadas quando os **danos que resultariam da sua adoção se mostrem superiores aos que podem resultar da sua não adoção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adoção de outras medidas***

## As oscilações da tutela cautelar no regime da impugnação de atos pré-contratuais

- Até 2015, incumprimento da *Diretiva Recursos*?
- De 2015 a 2019 – prevalência dos interesses dos operadores económicos com a aplicação da regra suspensão automática (da *Diretiva Recursos*) a todos os atos pré-contratuais (excedendo o âmbito de aplicação da Diretiva)
- Em 2019, reajuste com **redução do âmbito do efeito suspensivo automático** (ao estritamente exigido *Diretiva Recursos*)
- Em 2021, objetivos são:
  - **Segurança jurídica na produção do efeito suspensivo automático** (intervenção jurisdicional pré-citação)
  - **Especial celeridade no incidente de levantamento do efeito suspensivo**
  - **Favorecimento das possibilidades de levantamento do efeito suspensivo**



Obrigado,

Pedro Matias Pereira

[p.pereira@telles.pt](mailto:p.pereira@telles.pt)