

Processos urgentes principais – Em especial, o contencioso pré-contratual (*)

I – Introdução

Num Seminário dedicado à avaliação e reforma da Justiça Administrativa – sob o inspirador tema geral “A justiça administrativa que temos e a que queremos” – cumpre-me falar dos processos urgentes principais. Abordarei o tema a partir da minha experiência como advogada. Procurarei começar por tentar perceber a “justiça que temos” nesta matéria para, em seguida, buscar respostas de alterações/reformas que possam conduzir a que ela fique mais próxima daquela “que queremos” (sabendo que nunca vai ser exatamente aquela que queremos).

De entre os processos urgentes vou dedicar-me essencialmente ao contencioso pré-contratual, porque me interessa falar a partir da experiência que tenho, e é essa, essencialmente, a minha experiência. Queria, por isso, começar por fazer uma prevenção: não tive a acesso a dados estatísticos detalhados, e muito menos a tratamento desses dados, o que significa que tudo o que vou dizer decorre da minha perceção como profissional, das conclusões que tiro a partir dos casos com que tenho tido contacto (e não de um tratamento científico de dados).

O tema desta conferência são os “processos urgentes principais”, ou seja, aqueles em que a urgência que está a causa não é a urgência que diz respeito ao “acautelar a utilidade do processo principal” ou ao “*periculum in mora*”, que é aquela urgência de que mais nos lembramos quando falamos

de processos urgentes. A urgência que nos ocupa é a de uma rápida decisão de fundo. Ao estabelecer processos urgentes principais o legislador está a declarar que o “tempo razoável” ou o “tempo adequado” para o processo [aquilo a que a Professora ISABEL CELESTE FONSECA se refere como “o período do processo temporalmente justo” (1)], é, nestes casos, mais curto que nos outros. A Ordem Jurídica vem determinar que nestes litígios o processo tem de correr mais rapidamente, e a decisão de fundo tem de surgir mais depressa.

E essa, julgo eu, é a primeira grande questão que se põe ao legislador quando regula estes processos: saber que processos é que precisam desta tutela urgente. Feita essa opção pelo legislador, compete ao julgador (e aos demais intervenientes no processo) respeitá-la e tratar como urgente aquilo que o legislador declarou como urgente. Sucede, no entanto, que num cenário de sobrelotação dos tribunais administrativos com processos, em que os juizes não “têm mãos a medir”, esta que parece uma afirmação incontestável tem afinal contornos mais complicados. Começemos por aqui.

II – A urgência no contencioso pré-contratual

Sabemos que são diversas as razões pelas quais o nosso legislador do contencioso administrativo consagrou a urgência de alguns processos. Está na “natureza das coisas” que o processo de intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias

(*) Corresponde à conferência apresentada oralmente no XIV Seminário de Justiça Administrativa, tendo sido apenas acrescentada uma nota final.

(1) *Processo temporalmente justo e urgência – contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional da urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009.

tenha natureza urgente, tendo em conta os direitos que estão em causa. A urgência do acesso a informações e certidões é uma urgência por determinação da lei, mas também é compreendida por nós, intuitivamente, como necessária.

Já a urgência do contencioso pré-contratual é uma urgência que nos é imposta de fora. Nesta matéria, o legislador nacional tem pouca margem de liberdade: por imposição da União Europeia tem de prever uma tramitação mais célere, pelo menos, para o contencioso pré-contratual de quatro tipos de contratos.

Ora, estou convencida de que a razão de ser da urgência nos diversos processos urgentes tem muitas consequências na forma como estes correm. As estatísticas, tanto quanto sei, confirmam isso mesmo. As intimações para proteção de direitos, liberdades e garantias ou as intimações para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões correm habitualmente, de facto, de maneira célere, são decididas rapidamente. O contencioso eleitoral, por sua vez, (embora menos frequente) é uma das provas de que os tribunais, quando é preciso, conseguem decidir muito rapidamente e têm possibilidade de se organizar para isso. E porquê? Porque, nesses casos, os juízes têm a percepção de que a decisão tem de estar em consonância com os acontecimentos da vida sobre os quais vai incidir e, deste modo, existe no contencioso eleitoral a própria assunção pelos juízes de que o tempo da justiça tem de ser adequado ao tempo real.

Pelo contrário, no contencioso pré-contratual, julgo, não há esta percepção por parte do julgador. Aquilo que prevalece é a noção de que há uma imposição de urgência por parte do legislador, e de que nem sequer foi o legislador português que fez esta opção a partir de uma ponderação sua de que há razões para que estes processos corram mais depressa. Trata-se de uma imposição do legislador europeu, sentida como obrigatória por essa razão, mas não como necessária ou imposta pela realidade ou pelos direitos cuja tutela está em causa. Ora, esta noção (esta intuição provavelmente muitas vezes não racionalizada) leva, julgo eu, a que exista uma muito maior complacência do próprio julgador com a demora do processo do contencioso

pré-contratual do que com a demora dos outros processos urgentes. Note-se que existem muitos processos de contencioso pré-contratual que demoram dois, três anos, quatro anos. O contencioso pré-contratual não está a funcionar, tanto quanto conheço, como realmente urgente, ou seja, como um contencioso "rápido". Admito que, em muitos casos, isso seja compreensível. No entanto, a reflexão que me parece importante a este propósito, e que gostaria de expressar aqui, é a de que a urgência declarada ("legislada") parece não chegar: a urgência do processo tem de ser percebida como tendo uma razão de ser, tem de ser entendida como tal pelo próprio juiz, para que o processo corra verdadeiramente de forma célere.

Importa, por isso, que os juízes tomem consciência da razão pela qual o contencioso pré-contratual tem esta natureza, e que, com a noção da realidade da vida que subjaz a tais processos, interiorizem que não se trata de um mero capricho do legislador europeu.

Existe ainda, na minha opinião, outra razão para os atrasos que sabemos existirem no contencioso pré-contratual: é que no caso do contencioso pré-contratual temos, na generalidade dos casos, dois processos urgentes a correr sobre o mesmo assunto (e com as mesmas partes) – a providência cautelar e o processo principal. Sucede que o juiz, que já na providência cautelar vai ter dificuldade em decidir de forma célere, quando se defronta com o processo principal, também ele urgente, terá a tendência para não o considerar "assim tão urgente". Facilmente pensará que a decisão da providência cautelar foi suficiente para tutelar os interesses em jogo. Pensará, em especial, que o indeferimento da providência cautelar e o não decretamento da suspensão da eficácia permitiu a celebração do contrato (não existindo, por isso, obstáculo à realização do "interesse público" que se pretendia satisfazer com aquele contrato), pelo que não há mais razão para ter de se preocupar com uma decisão rápida.

Tenho que dizer que a sensibilidade do advogado do contencioso pré-contratual, sobretudo quando é mandatário do autor, é de uma falta de crença total na obtenção de uma decisão de fundo

em tempo útil. A que acresce uma falta de crença na própria utilidade de recorrer à via judicial. Vejamos porquê.

Em primeiro lugar, o advogado tem a consciência de que o mais provável é não conseguir o deferimento da providência cautelar que requereu, sobretudo quando está em causa o ato final do procedimento, o ato de adjudicação, e se trata de um pedido de suspensão de eficácia desse ato. Abrindo um parêntesis, sempre se dirá que isso também é fruto de, em sede de providência cautelar, termos uma ponderação de interesses muito desequilibrada. Na verdade, o prejuízo sério do requerente é, na generalidade dos casos, o de não celebrar o contrato objeto do procedimento sob juízo, mas esse prejuízo é entendido como insuficiente pela generalidade da jurisprudência para justificar o decretamento da providência ou, sequer, para ser alvo de ponderação como um interesse relevante. Por outro lado, é entendido quase sempre como urgente, ou mesmo muito urgente, o interesse que a Administração pretende prosseguir com o contrato e, portanto, como essencial para o interesse público que ela não seja paralisada na sua atividade de contratar. Este tipo de ponderação de interesses tem de levar, naturalmente, a que a providência não seja, por regra, decretada.

Em segundo lugar, com a demora do processo principal (urgente!), a probabilidade de uma decisão (favorável) que não vai poder ser executada por causa legítima de inexecução, uma vez celebrado e executado (ainda que parcialmente) o contrato, é muito grande. Na generalidade dos casos, a Administração vai invocar impossibilidade absoluta na execução, ou, pelo menos, muito grave prejuízo para o interesse público.

Para completar esta ineficácia da tutela pré-contratual, lembre-se que a Administração vive bem com esta realidade pois raros são os casos em que acaba por ter de indemnizar o autor que ganhou a ação principal (e que se vê perante uma sentença que não vai ser executada), ainda que se tenha pretendido resolver isso, pelo menos parcialmente, na chamada “Diretiva Recursos” (Diretiva 2077/66/CE, de 11 de dezembro de 2007). Mas ainda sem qualquer efeito prático entre nós.

Se este sistema de contencioso pré-contratual funcionasse, a própria Administração teria interesse em evitar executar um contrato cujo ato de adjudicação foi impugnado, desde logo porque correria o risco de ter de pagar a quem executou o contrato – ainda que ilegalmente – e de ter de pagar uma indemnização a quem ganhasse a ação de contencioso pré-contratual.

Aliás, é curioso que também nesta sede se vê que a perceção do decisor é importante para o funcionamento do sistema, neste caso, a perceção sobre a forma – e prazo – como vai decorrer o processo judicial. Lembro-me de um processo de contencioso pré-contratual relativo à adjudicação de um concurso de conceção-construção de uma obra de grande valor, no início de aplicação do DL n.º 134/98, de 15/5 – ou seja, no tempo em que a existência de uma tutela pré-contratual urgente constituía uma grande novidade –, em que, sem que tivesse sido requerida qualquer providência cautelar, a entidade adjudicante decidiu suspender a execução do ato e não celebrar o contrato. Fê-lo porque teve receio de que a decisão da ação principal fosse proferida num curto espaço de tempo, num momento em que o contrato estaria ainda em fase de projeto, e em que não poderia invocar causa legítima de inexecução. Nesse caso, a própria entidade adjudicante entendeu que o interesse público na execução do contrato se compadecia com um atraso, para evitar ter de mudar de co-contratante com o contrato em execução. A expectativa de uma célere tutela judicial permitiu, por si só, garantir uma tutela judicial efetiva. Hoje isso já não ocorre: ao invés, a expectativa da entidade adjudicante é a de que o processo de contencioso pré-contratual urgente vai demorar, pelo que prefere prosseguir com a execução do contrato como se o assunto não estivesse a ser discutido em Tribunal.

III – Pistas para repensar o contencioso pré-contratual

Perante este cenário, que pistas podemos avançar para que a Justiça pré-contratual se aproxime mais daquela que queremos?

Como referi, a urgência do contencioso pré-contratual, embora venha exigida pelas diretivas comunitárias, não deve ser entendida pelos juízes como uma "realidade imposta" (uma espécie de "mal necessário"). Pede-se aos juízes que vão mais longe e procurem compreender a sua razão de ser, para que a urgência declarada pela lei seja percebida como adequada à realidade da vida, e solicitada por ela.

Como tem vindo a ser afirmado, a urgência do contencioso pré-contratual não tutela apenas o interesse do autor numa decisão rápida, nem apenas o interesse da Administração numa decisão num curto espaço de tempo, mas tutela, de facto, o interesse de todos – autor, Administração, contrainteressados, terceiros interessados no contrato em questão, cidadãos em geral, sociedade, ... – em que haja uma decisão de fundo com celeridade. O que está em causa é a necessidade de haver uma estabilidade no mais curto prazo de tempo sobre a legalidade dos atos proferidos nos procedimentos pré-contratuais (*maxime* de adjudicação), e dos contratos, de maneira a que a economia funcione e a que haja uma confiança de todos os intervenientes na legalidade dos contratos celebrados (não apenas na perspetiva da União Europeia de garantir a construção do mercado interno mas numa perspetiva mais ampla de funcionamento do próprio sistema económico). Trata-se de viabilizar um mercado de contratação pública são e transparente, em que a concorrência funcione de forma efetiva e as empresas tenham reais condições de igualdade de se tornarem co-contratantes da Administração, distinguindo-se apenas pelo seu mérito. De nada serve procurar garantir isto "a montante" – na regulação dos procedimentos pré-contratuais – se "a jusante" a tutela judicial não funcionar. O que acabo de referir nada tem de novo. O que é importante é que os "operadores judiciários" – e sobretudo os juízes – percebam/interiorizem que nos tempos atuais, com o peso que os contratos públicos têm na economia (no PIB) e na faturação de muitas empresas, o correto funcionamento do "mercado da contratação pública" não corresponde a uma questão secundária, que preocupa um sector da população, mas assume um peso central no funcionamento da economia (e, hoje, no seu relançamento). Justifica-

-se, por isso, que os processos que lhes dizem respeito tenham natureza urgente e funcionem efetivamente de forma célere e que os juízes lhes deem tratamento prioritário.

Como vimos, nesta matéria, a expectativa dos intervenientes é fundamental: a confiança dos interessados no adequado funcionamento do procedimento, bem como na eficácia da tutela judicial quando alguma coisa não corra bem, é crucial. Leva a que haja mais concorrentes, melhores propostas, melhores contratos. Se falta a confiança na tutela judicial, falha, em muitos casos, a adesão ao próprio procedimento e, assim, a possibilidade de sucesso deste.

Que alterações legislativas podem ser propostas para reforçar essa confiança e essa tutela?

Julgo que aquilo a que o legislador deve dar prioridade é à existência de uma decisão de fundo o mais rapidamente possível, permitindo ao julgador que se concentre nisso mesmo. Os interesses que estão em jogo no processo só são tutelados quando se ponha fim ao litígio e se consiga segurança na "viabilidade legal" do contrato.

Nesta perspetiva, diria que podemos começar a admitir que, em muitos casos, não é assim tão grave que a execução do contrato se atrase um bocadinho (ou, se se preferir, podemos reconhecer que numa ponderação em que todos os interesses tutelados sejam colocados na balança, em grande parte dos casos, se concluirá que o interesse que deve ceder é o da imediata execução do contrato).

A realidade da vida diz-nos isso. Repare-se, desde logo, na quantidade de vezes em que a mesma entidade adjudicante que vem invocar, no processo, a grave urgência na celebração do contrato foi aquela que demorou dois anos a tramitar o concurso público que o antecedeu, ou a que "se arrastou" meses e meses a preparar esse concurso público, vivendo bem com esse atraso, quando já sabia que a necessidade coletiva tinha de ser satisfeita. A minha experiência profissional, com o carácter limitado que obviamente tem, leva-me a concluir que num grande número de casos não se justifica o receio em atrasar a execução dos contratos celebrados na sequência de atos de adjudicação impugnados.

Aliás, é curioso que a alteração recente à lei do Tribunal de Contas, proibindo a produção de quaisquer efeitos de contratos acima de novecentos e cinquenta mil euros, vem ao encontro daquilo que aqui defendemos e ao arrepio daquilo que tinha sido a evolução anterior, mesmo em matéria de visto, baseada na ideia de que o interesse público não se compadecia com o atraso na execução de contratos (à espera do visto). Vem agora prevalecer a ideia oposta de que é preferível estabilizar o juízo sobre a legalidade da adjudicação, e do contrato, antes de dar início à respetiva execução (?). É também curioso que não me parece que tenha havido uma reação negativa a essa alteração da lei do Tribunal de Contas, desde logo por parte das entidades adjudicantes, supostamente preocupadas com a possibilidade de executarem os seus contratos logo após a respetiva celebração. Pelo contrário, tanto quanto me apercebi, houve até alguma sensação de conforto destas, com a ideia de que a legalidade seria apreciada antes da execução do con-

(?) Recentes recusas de visto em contratos importantes, de que são paradigma máximo as recusas de visto nos contratos de subconcessão de rodovias adjudicadas pela Estradas de Portugal, S.A. [cfr. entre outros, o acórdão (Ac.) 161/09, de 2/11/2009-1.ª S/SS-P. 32/2009], vieram mostrar claramente as dificuldades criadas por uma recusa de visto em plena execução do contrato. A esse propósito, no entanto, sempre direi que tenho as maiores dúvidas de que naqueles casos não tivesse sido preferível o Tribunal de Contas fazer uma interpretação adequada do art. 44.º, n.º 4, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) na redação de então, concedendo o visto com recomendações. Entendeu o Tribunal de Contas que a gravidade das ilegalidades não se compadecia com a concessão do visto com recomendações (lê-se, v. g., no Ac. 161/09: “A gravidade das referidas violações de lei, que ferem o núcleo central dos valores que devem ser observados na constituição das parcerias público-privadas, bem como nos procedimentos de negociação e de avaliação de propostas, no âmbito da contratação pública, a que acresce aquela fortíssima probabilidade de tais ilegalidades terem tido, por consequência, a alteração do resultado financeiro do contrato, não permite o uso da faculdade concedida pelo n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC”). No entanto, a lei não restringe a possibilidade de visto com recomendações a ilegalidades leves [diz apenas, naquele art. 44.º, n.º 4, que nos casos da alínea c) do n.º 3 – ou seja precisamente aqueles em que a ilegalidade pode alterar o resultado financeiro – o Tribunal “pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades”]. Pergunto por isso porque não fazê-lo nos casos conhecidos dos contratos de subconcessão celebrados com a Estradas de Portugal, por se concluir que as consequências da recusa de

trato, conferindo assim segurança jurídica e evitando futuras responsabilidades financeiras.

Ora, se isto é assim no caso da fiscalização pré-via do Tribunal de Contas, porque não utilizar o mesmo raciocínio para a justiça administrativa?

Como referi, aquilo que temos de fazer hoje quando pretendemos impugnar um ato pré-contratual, *maxime* um ato de adjudicação, é requerer uma providência cautelar e propor uma ação principal. A minha experiência permite afirmar que a petição inicial da ação principal é um mero “copy/paste” do requerimento da providência cautelar, sem invocação dos prejuízos. Ou seja, trata-se de copiar o capítulo sobre a ilegalidade da decisão e temos uma petição inicial. Chamado a decidir estes dois processos urgentes – cautelar e principal – sobre o mesmo assunto, o juiz pode ter uma de duas atitudes que demonstram a irracionalidade deste sistema.

A primeira hipótese é a de o juiz decidir ambos os processos nos prazos previstos na lei. Nesse caso, analisa perfunctoriamente a questão da legalidade na providência cautelar e, um mês e meio depois, decide de fundo a questão da legalidade na ação principal. Tive há muito pouco tempo um processo que correu muito bem, do ponto de vista do cumprimento de todos os prazos legais por parte do juiz, e foi isto precisamente que se passou. Fiquei então a pensar porque é que o juiz teve de analisar a questão duas vezes, com um intervalo de tempo tão curto, em vez de a decidir definitiva-

visto seriam piores (desde logo para o Erário Público) que as da concessão com recomendações, tendo em conta o facto de os contratos estarem já em estado adiantado de execução, não sendo concebível uma simples ineficácia dos mesmos e uma abertura de um procedimento concursal para adjudicar novo contrato. Trata-se de admitir que o Tribunal de Contas, como os tribunais administrativos, têm de ponderar as consequências das decisões que tomam (não é isso que o próprio legislador admite desde logo em sede de execução das sentenças dos tribunais administrativos?). O processo que se seguiu à recusa de visto naqueles casos com a reforma dos contratos, e uma pretensa – mas obviamente impossível – retoma dos procedimentos concursais, de nada adiantou do ponto de vista da realidade material do contrato – e do interesse público –, e, na minha perspectiva, em nada prestigiou o Tribunal de Contas. Note-se que esta questão se mantém nos contratos abaixo de 950 000 Euros.

mente logo da primeira vez que a analisou. Trata-se de uma duplicação do trabalho do juiz, totalmente inútil.

A outra hipótese, que tantas vezes ocorre, é a de o juiz se atrasar logo na decisão da providência cautelar e, nesse caso, temos o juiz a decidir “perfunctoriamente” questões de legalidade ao fim de seis meses, oito meses, dez meses. Fará sentido? A análise sumária da questão da legalidade do ato só faz sentido quando o juiz tem um prazo muito curto para fazer essa análise.

Perante isto, aquilo que me parece mais acertado é que se acabe com esta duplicação de processos no contencioso pré-contratual e que deixemos os nossos juizes concentrar-se na decisão da ação principal a correr em tempo curto, para que se chegue a uma decisão de fundo o mais rapidamente possível. Deixaria de haver providências cautelares nesta matéria e teríamos apenas ação principal urgente ⁽³⁾.

Pergunta-se, então, o que aconteceria nesse caso aos efeitos do ato. Como já resultou provavelmente daquilo que disse, parece-me perfeitamente adequado, sobretudo no caso do ato de adjudicação, que a impugnação do ato tenha efeitos suspensivos automáticos, solução, como sabemos, acarinhada pela Diretiva Recursos. Naturalmente, o efeito suspensivo automático teria de ser acompanhado pela possibilidade de o juiz o levantar, ouvidos a entidade demandada e os contrainteressados. É, assim, evidente que este efeito suspensivo automático não retiraria ao juiz o dever de fazer a ponderação de prejuízos e ganhos, de interesses prejudicados e beneficiados com a suspensão e com a continuação do procedimento, que já tem hoje de fazer na providência cautelar.

A alteração propugnada pouparia, em qualquer caso, uma duplicação do trabalho do juiz, mesmo no que à ponderação de interesses diz respeito: dei-

⁽³⁾ Poder-se-ia pensar na hipótese alternativa de favorecer a antecipação da decisão da causa principal na providência cautelar (tomando-a mesmo a regra). No entanto, parece-me que essa antecipação (sem prejuízo de o juiz a ela puder recorrer mais do que o faz atualmente) será sempre uma exceção, não fazendo sentido que se estabeleça um sistema em que a providência cautelar esteja pensada para funcionar como ação principal.

xaria de ter de se preocupar com esse tema a propósito do interesse público invocado em eventual resolução fundamentada (relativa à suspensão do ato na pendência da providência cautelar) e do interesse público invocado para impedir o decretamento da providência (relativo à suspensão do ato durante o processo principal). Tudo isso ficaria condensado apenas numa decisão. Assim, racionalizar-se-ia também o trabalho do tribunal e dos próprios advogados. Note-se que para o tema da celeridade da Justiça não é despreciada a questão da ocupação dos serviços dos tribunais: todos nós sabemos de atrasos (por exemplo, de citações e notificações) por falta de funcionários em alguns tribunais. Ora, também nesta perspectiva é uma vantagem a existência de menos processos e de menos atos a praticar pela secretaria.

Passaríamos então a ter um contencioso pré-contratual urgente, consubstanciado numa ação principal, com efeitos suspensivos automáticos sobre o procedimento, com possibilidade de serem levantados pelo juiz ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾. Pedir-se-ia então ao juiz que, na decisão de levantamento da suspensão de efeitos, ponderasse o que está em causa naquele contrato – para o interesse público e para os diversos envolvidos –, e ponderasse as consequências da decisão. Pedir-se-lhe-ia que o fizesse não com base em juízos pré-feitos e verdades pré-concebidas, mas com a capacidade de apreender e ponderar a

⁽⁴⁾ A solução de efeito suspensivo automático sobre o procedimento parece óbvia quando pensamos no ato de adjudicação (com a inerente proibição de celebração do contrato). No entanto, não me repugna que esse passe a ser o efeito para a generalidade dos atos pré-contratuais, admitindo-se nesse caso que os pressupostos para o seu levantamento sejam menos exigentes que no caso do ato de adjudicação. Também admito que nos casos em que não esteja em causa o ato final do procedimento se venha a estabelecer que no despacho de citação, ou num prazo muito curto depois da entrada do processo, o juiz deve decidir sobre o efeito da impugnação (ou, desde logo, adotar uma decisão que permita corrigir a ilegalidade).

⁽⁵⁾ Naturalmente não podemos deixar de pensar nos riscos de uso abusivo do processo, com o intuito de atrasar os procedimentos e a celebração do contrato, com os riscos que tal pode acarretar para o interesse público. Parece-me, em qualquer caso, que esses riscos se combatem prevendo sanções para esse uso abusivo (para que o mesmo não compense), e que não devem obstar ao efeito suspensivo automático.

realidade concreta da vida, por natureza mutável e multifacetada. Como dizia neste Seminário o Professor VIEIRA DE ANDRADE, o juiz administrativo tem necessariamente, e cada vez mais, de ponderar as consequências da sua decisão. No caso do contencioso pré-contratual o juiz é chamado a apreender a globalidade da realidade que está em causa, a “mergulhar” nela, e, desde logo, a compreender que contrato é aquele que está em crise no processo e aquilo que o envolve (sendo certo que nem todos os contratos da Administração são urgentes, há uns que são “mais urgentes que outros”). A realidade é mais rica do que aparenta e ao juiz pede-se que apreenda essa riqueza⁽⁶⁾ para poder decidir.

Julgo que devemos confiar no juiz na realização desta tarefa: o juiz tem possibilidade de perceber aquilo que está em causa e de decidir da forma mais adequada.

Aliás, a urgência impõe também que se confie no juiz no que à tramitação processual diz respeito: deve conferir-se-lhe poder para decidir a questão muito rapidamente e para adequar a “marcha do processo” à urgência real/concreta da decisão e ao grau de dificuldade da mesma.

Há muitas ações de contencioso pré-contratual em que as questões a decidir não são complexas. Por exemplo, temos hoje em dia muitas questões a decidir no contencioso pré-contratual por problemas gerados pelas plataformas eletrónicas. Trata-se de questões formais que surgem agora por causa desta nova forma de contratação (e que substituíram outras tantas questões formais que se colocavam nos velhos procedimentos em papel), as quais não exigem raciocínios de grande complexidade para serem resolvidas. Estamos perante questões em que a passagem de uma apreciação perfunctória para uma análise mais profunda exige pouco mais, sendo por isso possível que, com pouco mais esforço, o juiz decida a questão definitiva-

(6) Por exemplo, não é por um contrato ser celebrado no âmbito do sector da saúde que é urgente. É preciso perceber exatamente aquilo que está em causa, a necessidade coletiva que se quer satisfazer, o que sucede de facto se se atrasar a celebração do contrato, se está em causa, ou não, a “continuidade do serviço”...

mente. Por outro lado, a minha perceção é também a de que na grande maioria dos processos de contencioso pré-contratual a prova é apenas documental⁽⁷⁾. Isso significa que o juiz tem a possibilidade de decidir a questão com os documentos que são trazidos ao processo e a partir dos factos neles provados e daqueles em que há acordo das partes, sem necessidade de mais diligências, o que facilita uma decisão mais rápida.

Parece-me, por isso, que um contencioso pré-contratual só com ação principal tem todas as possibilidades de “provar bem”, de permitir chegar a decisões de fundo em tempo curto e, sobretudo, em tempo útil.

Neste novo contencioso pré-contratual teríamos de ter juízes convencidos da necessidade de decidirem depressa, mas também com a possibilidade real de o fazerem, desde logo porque o processo seria regulado na lei de forma a permiti-lo.

A este propósito é para mim evidente que a atual tramitação do contencioso pré-contratual deveria ser alterada nalguns aspetos para facilitar a rapidez da decisão. Não percebo, por exemplo, porque é que se abre uma fase de alegações quando é requerida ou produzida prova com a contestação. Porque é que não se dá simplesmente oportunidade à outra parte para se pronunciar sobre essa prova? Basta conhecer as alegações apresentadas por um qualquer autor em contencioso pré-contratual e compará-las com a petição inicial apresentada por esse mesmo autor para perceber a inutilidade desta peça processual. Uma vez que, quando propõe a ação, o autor não sabe se haverá ou não alegações, a petição inicial tem de tratar de forma desenvolvida das questões de direito (como se de alegações

(7) Estamos a falar no contencioso pré-contratual na sua fase real urgente, porque, não faz sentido que, quando o juiz aplica o art. 102.º, n.º 5, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) e convola o processo para que se decida sobre uma indemnização, este continue a ter natureza urgente. Devia ser claro na lei que o processo perde a natureza urgente (nessa fase, é evidentemente desejável que o processo seja rápido, como é desejável que o sejam todos os processos; mas já não existem as razões que justificam a urgência do contencioso pré-contratual).

se tratasse). Ora, quando o mesmo autor é notificado para alegações tem muita dificuldade em encontrar argumentos novos, nova jurisprudência ou doutrina inovadora (a não ser quando passou muito tempo desde a petição inicial...), pelo que se limita a reproduzir a petição, de forma não articulada.

No futuro contencioso pré-contratual urgente justifica-se também claramente aquilo que já existe hoje, e que é usado muito pouco ou praticamente nada, que é permitir que o juiz decida em prazo curtíssimo, com base numa audiência oral onde profira logo sentença. Justifica-se também que o juiz seja convidado a fazer sentenças sumárias e rápidas até por remissão para jurisprudência anterior (e que isso seja acompanhado, obviamente, pela valorização do juiz que assim decide na respetiva avaliação pelas inspeções e pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, ao contrário da perceção que temos hoje de que esse esforço de sumariedade e de síntese é avaliado negativamente). Isso deve ser acompanhado pelo incentivo a que o advogado seja também sintético.

Como referi, sou totalmente favorável a que se conceda ao juiz uma discricionariedade maior do que a que tem habitualmente na condução do processo, no sentido de lhe dar poder para chegar o mais rapidamente possível a uma decisão de fundo. Embora compreenda a desconfiança de alguns nessa possibilidade, não consigo encontrar outro caminho para que os processos sejam tramitados com celeridade (tornando inúteis manobras dilatórias da parte processual interessada em que o processo se arraste). Pense-se, por exemplo, no caso (não académico) de impugnação de uma norma do programa do concurso que estabeleceu um prazo para apresentação de propostas alegadamente inferior ao legalmente estabelecido. Esta questão não tem complexidade nenhuma e o juiz pode decidi-la imediatamente a seguir a receber a contestação⁽⁸⁾, "arrumando" o processo pelo menos na 1.ª instân-

(8) Tem de haver uma forma de "premiar", e "punir", na avaliação pelo Conselho dos Tribunais Administrativos e Fiscais, a adequação, ou desadequação, do tempo de decisão do juiz à complexidade da questão sob juízo (embora sem premiar aqueles que apenas decidem processos simples, pondo no

cia. O contrato "esperou" uns dias mas o bem atingido com a sua celebração depois de estabilizada a sua legalidade é bem superior aos prejuízos decorrentes desse atraso.

Dir-me-ão com certeza que há outros processos que são mais complexos. É evidente. Haverá certamente ações de contencioso pré-contratual urgente que vão exigir a apreciação de questões bem mais elaboradas e uma tramitação mais "pesada". Provavelmente, nesses casos, o juiz vai ter mesmo de levantar a suspensão automática de efeitos e termos aí (em poucos casos) o que ocorre hoje (em muitíssimos casos): decisões em contencioso pré-contratual adotadas quando o contrato já está em execução há muito tempo e o processo reduzido a uma discussão sobre a indemnização.

Esse facto não nega a vantagem da existência de um único processo de contencioso pré-contratual, nem a necessidade de se dar poder ao juiz para que este tramite o processo (no respeito pelo princípio do contraditório) de forma adequada ao que foi posto sob juízo e sempre no sentido de obter uma decisão no mais curto espaço de tempo possível.

Finalmente, para terminar, é preciso também que na reforma do contencioso pré-contratual fiquem definitivamente esclarecidas as questões que ainda hoje (e ao fim de tantos anos...) provocam controvérsia judicial. Refiro-me desde logo à questão, já aqui falada, da possibilidade de impugnação autónoma dos documentos contratuais não impedir, no caso de não se ter recorrido a ela, a impugnação do ato final por ilegalidades das peças processuais que se reflitam nesse ato final. E o mesmo se diga quanto aos atos de trâmite. O argumento muitas vezes utilizado de que a natureza urgente do processo exige que se vão sanando as questões sob discussão (através de uma sanção formal) não me parece procedente. Tal sanção imposta pelo legislador seria contrária ao interesse na regularidade e transparência dos contratos públicos que o mesmo legislador pretende proteger. Nos últimos

"fundo do monte" os processos mais complexos). Como bem se compreende, não se consegue pensar a questão da celeridade da Justiça sem, paralelamente à reflexão sobre "o Processo", se fazer uma reflexão sobre a gestão dos tribunais e dos processos.

anos, o legislador tem-se preocupado, com especial atenção, com a legalidade dos contratos públicos, regulando minuciosamente os procedimentos pré-contratuais e reforçando o contencioso pré-contratual. Ora, se, de facto, se quer investir em meios para que os contratos da Administração sejam contratos válidos, se esse investimento é também exigente para a própria Administração – impondo-se-lhe procedimentos pré-contratuais morosos, caros, que implicam a participação de muitos técnicos, muitas vezes até de consultores externos –, todo esse investimento tem de se focar efetivamente na execução de contratos válidos. Não faz, por isso, sentido afastar a impugnabilidade dos atos por questões formais como a que atrás se referiu. Acresce que também não é exigível ao “potencial lesado” com uma norma dos documentos pré-contratuais ilegal que se assuma logo como “efetivamente lesado”, sem esperar pelo desenrolar do procedimento, quando o seu interesse é o de vir a ser adjudicatário (e, no momento inicial, em muitos casos, esse interesse ainda não está irreversivelmente inviabilizado). Só faz sentido que o interessado tenha de impugnar a norma, ou o ato praticado no procedimento, quando a respetiva ilegalidade o prejudicar de facto (e não em potência).

IV – Nota final sobre a transposição da “Diretiva Recursos” para o direito português e o efeito suspensivo automático

Não queria terminar o presente artigo sem uma referência, ainda que breve, a uma questão que não foi objeto da minha apresentação oral, mas que me foi colocada durante a discussão e que me parece muito pertinente: trata-se de perceber se o efeito suspensivo automático que aqui defendi como uma característica do futuro contencioso pré-contratual constitui, ou não, uma imposição da Diretiva 2007/66/CE, e, no caso de resposta positiva, se podemos defender o “efeito direto” da norma da diretiva que impõe esse efeito suspensivo automático (de tal maneira que os seus destinatários já o possam hoje invocar).

O legislador português procedeu já, aparentemente, à transposição da Diretiva Recursos na sua última versão. É isso mesmo o que vem referido no preâmbulo do DL n.º 131/2010, de 14/12. Sucede, no entanto, que este diploma se limitou a alterar o Código dos Contratos Públicos, não introduzindo nenhuma alteração no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, parecendo estar pressuposto que, em matéria processual, a lei portuguesa estaria já plenamente conforme com aquela diretiva (9).

(9) Note-se que o art. 128.º da Lei do Orçamento do Estado para 2010 – Lei n.º 3-B/2010, de 28/4 –, continha uma autorização legislativa para o Governo legislar em matéria de transposição da Diretiva Recursos abrangendo o CPTA, parecendo corresponder a uma orientação mais correta nesta matéria que depois veio a ser abandonada. Era o seguinte o teor do referido art. 128.º:

“Artigo 128.º

Autorização legislativa para alteração do Código de Processo nos Tribunais Administrativos

1 – O Governo fica autorizado a proceder à alteração do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

2 – A autorização referida no número anterior tem o sentido de transpor integralmente para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro, que altera as Directivas n.ºs 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro, e 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro, no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos.

3 – A autorização referida no número anterior tem a seguinte extensão:

a) No âmbito da acção administrativa especial, atribuição ao juiz da faculdade de, em sede de despacho saneador, conhecer do mérito da causa independentemente de haver lugar a alegações finais, nos casos de impugnação dos actos administrativos relativos à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens;

b) No âmbito do contencioso pré-contratual, alargamento do respectivo âmbito à impugnação de actos administrativos referentes a contratos de concessão de serviços públicos;

c) No âmbito do contencioso pré-contratual, redução do prazo de alegações, quando estas tenham lugar;

d) No âmbito do contencioso pré-contratual, consagração do regime da suspensão do prazo de impugnação contenciosa do acto administrativo quando sejam utilizados meios de impugnação administrativa, no sentido de o adequar à acção administrativa especial;

e) No âmbito do contencioso pré-contratual, alteração do regime de modificação objectiva da instância quando se verifique a existência de uma situação de impossibilidade absoluta à satisfação dos direitos do autor, no sentido de o adequar ao regime aplicável à acção administrativa especial;

f) No âmbito das providências relativas a procedimentos de formação de contratos, alteração do regime dos efeitos associados ao res-

Parece-me ser bastante consensual entre os administrativistas a opinião de que o legislador andou mal e de que a Diretiva Recursos ainda não se encontra totalmente transposta para a nossa ordem jurídica. Para além dos aspetos procedimentais que o nosso legislador ponderou a propósito do Código dos Contratos Públicos, ao rever a Diretiva Recursos o legislador europeu veio reconhecer que era preciso aprofundar os mecanismos de tutela judicial em matéria de contencioso pré-contratual ⁽¹⁰⁾.

Um deles diz respeito ao efeito suspensivo automático do recurso ao tribunal quando estiver em causa o ato de adjudicação ⁽¹¹⁾.

pectivo requerimento no sentido do disposto na Directiva n.º 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro, quanto à suspensão da celebração do contrato;

g) No âmbito das providências relativas a procedimentos de formação de contratos e dos efeitos associados ao respectivo requerimento, consagração da possibilidade de utilização, pela autoridade requerida, de mecanismos, designadamente jurisdicionais, que viabilizem a celebração do contrato;

h) Introdução das clarificações necessárias para adequar o contencioso contratual às regras da Directiva n.º 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro;

i) No âmbito das normas que fixam a competência do tribunal arbitral, consagração da possibilidade de julgamento de questões respeitantes à formação dos contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos, sem prejuízo das regras especiais relativas à arbitragem em matéria tributária;

j) No âmbito das normas que fixam a competência dos centros de arbitragem, consagração da possibilidade de julgamento de questões respeitantes à formação e à execução dos contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos, sem prejuízo das regras especiais relativas à arbitragem em matéria tributária.

4 – A presente autorização legislativa tem a duração de 90 dias, contados da data da sua entrada em vigor.”

⁽¹⁰⁾ Com muito interesse sobre a Diretiva Recursos, ainda antes de expirar o prazo para a sua transposição, veja-se ADOLFO MESQUITA NUNES, “Contratação pública a duas velocidades: a transposição da Directiva 2007/66/CE”, in *Revista de Direito Público e Regulação – on line*, CEDIPRE, n.º 1, Maio de 2009.

⁽¹¹⁾ O art. 2.º, n.ºs 3 e 4, da Diretiva parecem ser muito claros a este propósito:

“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. A suspensão não pode cessar antes do termo do prazo suspensivo a que se referem o n.º 2 do artigo 2.º-A e os n.ºs 4 e 5 do artigo 2.º-D.

4. Salvo nos casos previstos no n.º 3 do presente artigo e no n.º 5 do artigo 1.º, o recurso não deve ter necessariamente efeitos suspensi-

Parece-me, assim, inequívoco que o Estado português está em incumprimento na transposição desta Diretiva por não ter estabelecido qualquer efeito suspensivo automático. Julgo claro que o mecanismo da suspensão provisória regulado pelo art. 128.º do CPTA – considerando-o aplicável às providências cautelares em matéria de formação de contratos – não é suficiente para esse efeito, desde logo porque o mesmo pode ser levantado unilateralmente pela entidade adjudicante através da “resolução fundamentada de grave urgência para o interesse público”. A lei permite que a entidade adjudicante celebre o contrato antes de que qualquer tribunal “tome uma decisão quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso” ⁽¹²⁾. Tenho também algumas dúvidas de que seja suficiente para este efeito o mecanismo de decretamento provisório da providência previsto no art. 131.º do CPTA ⁽¹³⁾.

É pacífica na jurisprudência europeia a possibilidade de invocação de efeito direto vertical por um particular de uma norma de uma diretiva no caso de a mesma não ter sido corretamente transposta. A norma em questão tem de ser incondicional e suficientemente precisa (não concedendo margem ao Estado-Membro) para que o efeito direto possa ser invocado.

Ora, a tentativa de defender o efeito direto do art. 2.º, n.º 2, da Diretiva 2007/66/CE é grande – dada a necessidade de tutela jurídica dos particulares lesados – e existem boas razões jurídicas para o fazer: a Diretiva não deixa dúvidas de que a interposição de um recurso do ato de adjudicação de-

vos automáticos relativamente aos processos de adjudicação de contratos a que se refere”.

⁽¹²⁾ O próprio facto de o Tribunal só se poder pronunciar sobre a resolução fundamentada a propósito dos atos de execução indevida demonstra bem que a resolução fundamentada permite ao interessado defrontar-se com o “facto consumado” da celebração do contrato, sem que antes qualquer tribunal se tenha pronunciado.

⁽¹³⁾ Como parece apontar ISABEL CELESTE FONSECA em “A Diretiva (recursos) n.º 2007/66/CE: o reforço da efectividade do contencioso pré-contratual – what else?, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2009, n.º V.

termina que o contrato só possa ser celebrado depois de tomada uma decisão pelo órgão de recurso.

Em qualquer caso, não posso deixar de referir que tenho dúvidas de que a norma da Diretiva aqui em questão tenha o carácter suficientemente preciso e incondicional a que se refere a jurisprudência europeia, tendo em conta a margem de liberdade que os Estados-Membros, apesar de tudo, têm na regulação desse “efeito suspensivo automático”.

Desde logo, o próprio legislador europeu vem referir, no considerando 12 da Diretiva, que “os Estados-Membros podem estabelecer que esse prazo termina 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”. A Diretiva parece admitir que o efeito suspensivo resulte ou da propositura de uma ação principal ou do requerimento de medidas provisórias. Não estando estas questões reguladas pelo legislador, no caso de um efeito suspensivo invocado por efeito direto da Diretiva, quando é que o Tribunal iria entender que o mesmo terminaria? E entenderia que o efeito suspensivo se iniciaria com a entrada da ação principal ou com a en-

trada da providência cautelar? E que consequências teria o desrespeito deste efeito suspensivo automático, tendo em conta que a Diretiva admite que o contrato (celebrado em violação dessa suspensão) seja considerado desprovido de efeitos, mas admite também que os Estados deem a possibilidade ao julgador de estabelecer sanções alternativas?

Diria, em qualquer caso, que a questão coloca suficientes dúvidas para que o juiz, confrontado com a invocação desse efeito direto, e se não o quiser reconhecer, ao menos suscite um reenvio prejudicial colocando a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia. A resposta poderia já não vir em tempo útil para o processo em questão mas certamente seria oportuna para permitir aos interessados saber com o que contar em processos posteriores.

Aquilo que me parece inequívoco é que Portugal está em incumprimento no que se refere à transposição desta exigência da Diretiva e que é prioritário que o legislador ponha fim a essa violação do direito europeu. Não para que seja “um bom aluno europeu” mas para bem do contencioso da contratação pública português.

MARGARIDA OLAZABAL CABRAL