

EDIÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 217 984 600 — Telecópia 217 950 303

Coordenação: Prof. Doutor Jorge Miranda

Secretariado: Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 852 650 — Fax 239 852 651

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Novembro de 2006



ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR DOUTOR MARCELLO CAETANO

NO CENTENÁRIO DO SEU NASCIMENTO

VOLUME I



BIBLIOTECA
DE DIREITO
UNIVERSIDADE
DO MINHO

FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

2006



O CONTENCIOSO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

NOTAS SOBRE UM DOMÍNIO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE FEIÇÃO MUITO URGENTE

ISABEL CELESTE M. FONSECA (*)

Sumário: 0. Introdução. I. Contexto actual das alterações introduzidas no regime do contencioso dos contratos da Administração Pública. II. O regime do contencioso dos contratos da Administração Pública: o modelo-regra e as acções comuns. III. O regime actual do contencioso urgente dos contratos da Administração Pública.

0. INTRODUÇÃO

Antes da entrada em vigor do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (= CPTA) e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (= ETAF), foi comumente reconhecido que o regime tradicional do contencioso da actividade contratual da Administração Pública padecia de vários paradoxos. Aliás, a atenção crescente voltada para este domínio do contencioso administrativo foi fazendo realçar um conjunto mais lato e profundo de questões, que, de uma forma ou de outra, sempre esteve relacionado com o regime substantivo dos contratos da Administração, *maxime*, com a teoria geral do contrato administrativo, e que se foi acentuando num contexto caracterizado pela progressiva diluição das fronteiras tradicionais entre o direito administrativo e outros ramos do direito, pelo crescente esmorecimento de diferenças (para vários efeitos) entre a actuação administrativa de gestão pública e a actuação de gestão privada, para a qual contribuiu a afirmação da sujeição de toda a actividade administrativa a vinculações jurídico-públicas (art. 2.º, n.º 5, do CPA), e, fundamentalmente pela crescente *europização* do regime substantivo e processual dos contratos celebrados, pelos *poderes públicos*, em certos sectores.

(*) Assistente da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Na verdade, tendo como arquétipo o regime dicotómico de origem francesa, o sistema tradicional português do contencioso dos contratos da Administração Pública assentava na lógica da dicotomia ⁽¹⁾ — ou *lógica de divisão de uma coisa em duas*. Assim, tal matriz estava, pelo menos, desenhada em três momentos: entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado da Administração, cuja relevância se estendia à questão da repartição da competência entre o foro administrativo e o foro judicial; entre a acção de interpretação, validade e execução (incluindo ainda a de responsabilidade) relativa a contratos administrativos e o recurso contencioso de anulação de actos destacáveis em relação aos contratos da Administração; e entre o recurso ordinário de anulação de actos relativos aos procedimentos contratuais e o recurso de anulação urgente de actos procedimentais relativos a contratos de empreitada de obras públicas, fornecimento de bens e prestação de serviços.

Enfim, a certa altura, e por força também do embate das novas influências do Direito comunitário nos modelos tradicionais configurados nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, pode mesmo dizer-se que o regime jurídico português do contencioso tradicional dos contratos da Administração Pública acabou transformado num «verdadeiro labirinto, onde não [seria] fácil encontrar o caminho» ⁽²⁾. Senão vejamos. Assim, em primeiro lugar, a destriça entre contratos de direito privado da Administração e os contratos administrativos constituiu uma das inúmeras dificuldades a que a doutrina, até hoje, não foi capaz de responder de forme uniforme. E, claro está, numa relação de co-dependência com essa questão, uma outra foi sendo colocada à jurisprudência portuguesa: a da delimitação do âmbito da jurisdição administrativa em matéria do contencioso dos contratos da Administração Pública. Com efeito, assentando na dicotomia contrato administrativo/contrato de direito privado, o sistema anterior de repartição de competência jurisdicional em matéria de contencioso relativo à actividade contratual da Administração Pública configurava uma separação inflexível de contenciosos, que, volta meia volta, era completamente surpreendido por situações novas, que dificilmente se compadeceriam com tal rigidez. Por conseguinte, se para a jurisdição administrativa estava reservado o contencioso dos contratos administrativos, isto é, o contencioso referente aos litígios emergentes dos *contratos administrativos* e para a jurisdição judicial era recambiado o rol de questões relativas aos *contratos de direito privado* celebrados pela Administração, a verdade é que tal cisão radical foi suplantada pela dinâmica do sector contratual, mormente daquele domínio em que o Direito comunitário mais exer-

⁽¹⁾ A este propósito, vd. MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Contencioso dos contratos da Administração Pública», CJA, n.º 24, 2000, pp. 11 ss.

⁽²⁾ Expressão de MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Contencioso dos contratos...», cit., p. 11.

cia a sua influência. Aliás, na sequência das directivas comunitárias, foi sendo criado um regime jurídico substantivo tendencialmente uniforme, aplicável a uma série de contratos da Administração, independentemente da classificação clássica de tais contratos. Ora, se do ponto de vista de direito substantivo, tais contratos estavam sujeitos a um conjunto de princípios e regras (regras de procedimento pré-contratual), independentemente de serem qualificados como contratos administrativos ou como contratos de direito privado, logo, aqui, em relação aos comportamentos que a Administração adoptasse nesses procedimentos se colocava um problema de repartição da competência entre o foro administrativo e o judicial. E, de facto, transpostas as diversas directivas comunitárias, *maxime*, a Directiva *recursos*, aquele critério delimitador dos âmbitos da jurisdição administrativa e judicial em matéria contratual foi fatalmente vencido, já que novas questões referentes ao procedimento de formação de certos contratos, incluindo os que viessem a ser classificados como sendo de direito privado, passaram a ser da competência dos tribunais administrativos e não dos tribunais judiciais — como seria suposto, em razão da aplicação do critério tradicional de repartição de competências entre o foro administrativo e o judicial.

Enfim, para responder à dificuldade de delimitação do âmbito da jurisdição administrativa em matéria de contencioso dos contratos, que, como se viu, foi acentuada pela propensa uniformização, do ponto de vista substantivo, de aspectos do regime de formação dos contratos da Administração, a ciência do direito administrativo foi propondo a uniformização do regime do ponto de vista contencioso. Claro está, em detrimento do foro judicial, o foro administrativo deveria ganhar competência para decidir novas questões de contencioso dos contratos da Administração, independentemente de tais questões serem concernentes a contratos de direito privado da Administração ou a contratos administrativos.

Assim, em segundo lugar, a existência de dois meios jurisdicionais próprios e adequados para resolver dois tipos diferentes de questões relativas aos contratos da Administração constituiu mais uma das inúmeras dificuldades que o sistema tradicional do contencioso dos contratos da Administração encerrava. Com efeito, foram diversos os problemas decorrentes de um sistema assente na dualidade de meios processuais, dada a falta de articulação entre o recurso contencioso de anulação de actos administrativos procedimentais ou relativos à fase de execução dos contratos e a acção sobre a interpretação, validade e execução (incluindo responsabilidade) dos mesmos contratos. Foi, pois, frequente verificar uma total ausência de ligação entre as esferas de actuação do «juiz do acto» e a do «juiz do contrato», de tal modo que nem a figura de inspiração francesa do «acto destacável» conseguiu salvar o sistema — um sistema, aliás, de propensão para o efeito platónico. Efectivamente, dada a falta de articulação entre a acção e o recurso, não só se assistiu com frequência à constituição de situações de facto consumado, uma vez que a decisão do recurso era ditada numa

altura em que o contrato estaria já celebrado (ou mesmo cumprido), como se assistiu também à inutilidade daquela via impugnatória, visto que o terceiro que tenha lançado mão do recurso de anulação relativamente a actos procedimentais, estando destituído de legitimidade processual, não conseguia retirar qualquer consequência prática da anulação do acto ao nível da validade do contrato.

E, assim, em terceiro lugar, a ausência, de todo em todo, de processos urgentes e cautelares, numa primeira fase, e a falta de articulação entre o recurso de anulação comum e o recurso de anulação especial, previsto no Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, numa segunda fase, constituíram mais dois exemplos — sendo este, agora, o terceiro — das inúmeras dificuldades de que padeceu o regime do contencioso dos contratos da Administração. Com efeito, o *deficit* de meios cautelares, *id est*, de instrumentos adequados para obstar à formação de situações de facto consumado, sobressaiu do grupo das dificuldades do contencioso contratual tradicional, que só foi suavizado com a transposição da Directiva n.º 89/665/CEE. De facto, da transposição da Directiva *recursos* para o ordenamento jurídico português, surgiu um sistema assente na dualidade do regime do contencioso pré-contratual — um regime geral de âmbito alargado, configurado em torno do recurso de anulação de actos procedimentais, e um regime especial de impugnação urgente de âmbito restrito. Ainda assim, não sendo clara a natureza desta acção urgente, ficou por resolver, nessa altura, como deveria ser feita a articulação entre este recurso especial e o recurso de anulação ordinário e como deveria classificar-se aquela acção, se de natureza alternativa ou complementar.

Enfim, contas feitas, o sistema tradicional do contencioso contratual apresentava três fragilidades, uma decorrente da rigidez do critério de delimitação do âmbito da jurisdição administrativa em matéria de contencioso dos contratos da Administração, outra emergente da ausência de ligação entre as duas esferas do contencioso contratual, a do acto e a do contrato, e a outra provocada pela ausência de meios processuais adequados para tutelar as situações de urgência. Enfim, seria, pois, necessário, operar uma reforma mais profunda.

E, foi, de facto, o que fez o legislador, em 2002/2003. Efectivamente, num contexto mais alargado de mudanças de paradigma do modelo de justiça administrativa e no contexto de europeização do Direito administrativo em geral e do regime do contencioso dos contratos públicos em especial, o legislador veio operar uma revolução no regime adjectivo dos contratos da Administração Pública. De qualquer modo, não se ignora que a revolução incidiu mais sobre o aspecto da uniformização da jurisdição administrativa em matéria de contencioso contratual do que sobre o modelo das acções processuais, já que, aqui, predominou a política de manutenção do sistema tradicional com alterações pontuais sobre a da introdução radical de novidades.

E, assim, em primeiro lugar, não sendo o único problema do contencioso dos contratos a receber tratamento, a questão da repartição da competência entre os tribunais administrativos e os tribunais judiciais foi finalmente objecto de uma significativa modificação — uma modificação tão significativa que, de acordo com algumas leituras, deverá traduzir finalmente a uniformização da competência jurisdicional em matéria do contencioso dos contratos celebrados por entidades públicas⁽³⁾. É um facto que o legislador ordinário, por aproximação ao modelo constante do art. 212.º, n.º 3, da CRP, veio sujeitar aos tribunais administrativos novas questões do contencioso dos contratos da Administração, tendo definitivamente abandonado a tradicional delimitação do âmbito da jurisdição administrativa no domínio contratual em função do tipo de conflitos emergentes ou não da clássica categoria do contrato administrativo. Efectivamente, escusando-se de evocar as categorias tradicionais dos contratos da Administração, especialmente abandonando a figura do contrato administrativo, o legislador preferiu enumerar tipos de situações jurídicas ou tipos correntes de litígios contratuais, conexos com a actividade contratual da Administração, sujeitando-os, a partir de então, à competência do juiz administrativo, incluindo tanto os normalmente associados aos contratos administrativos como outros novos que nada têm que ver com o clássico género dos contratos da Administração, o administrativo. E assim, independentemente da natureza substantiva dos contratos em causa, o legislador fixa nas als. *b)*, *e)* e *f)* do n.º 1 do art. 4.º do ETAF um elenco prático de questões emergentes da actividade contratual que caberá, a partir de então, ao juiz administrativo resolver — questões que podem designadamente ser relativas tanto à interpretação, validade e execução de um contrato substantivamente qualificável como contrato administrativo como à interpretação, validade e execução de um contrato de direito privado, cuja formação haja dependido de um procedimento jurídico-público.

Enfim, se, como se apontou antes, o legislador veio operar uma alteração significativa nos critérios de repartição de competência entre o foro judicial e

(3) Na verdade, MARIA JOÃO ESTORNINHO («A reforma de 2002 e o âmbito da jurisdição administrativa», CJA, n.º 35, 2002, pp. 3 ss., esp. p. 7) refere que «em relação aos contratos celebrados por entidades públicas, consagra-se, no fundo, finalmente, a uniformização de competência jurisdicional, uma vez que, estando sujeito, ou do ponto de vista substantivo ou do ponto de vista procedimental, a regras jurídico-públicas, o contrato acabará por cair, em qualquer dos casos, no âmbito de competência dos tribunais administrativos». No mesmo sentido, vd. JOÃO CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, 8.ª ed., Lisboa, 2005, pp. 231 ss.; VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise — Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, Coimbra, 2005, pp. 437 ss. Em sentido diferente, vd. D. FREITAS DO AMARAL/M. AROSO DE ALMEIDA, *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*, 3.ª ed., Coimbra, 2004, pp. 41 a 42; M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 4.ª ed., Coimbra, 2005, p. 104.

o administrativo, já o mesmo não aconteceu em relação às acções processuais próprias para o contencioso contratual. De facto, o legislador preferiu manter o sistema anterior das dicotomias, tendo, ainda assim, procedido a pequenos reajustamentos e a melhoramentos de ordem pontual, *maxime* nas questões de legitimidade, cumulação de pedidos e de tutela cautelar. Assim, tendo introduzido alguma sistematização no contencioso contratual, o legislador parece ter dado origem a um modelo-regra de Acções processuais e a um modelo-especial de Acções para o domínio da urgência contratual, não tendo sido, por isso, ultrapassado na totalidade o contencioso de matiz dicotómica do regime anterior. Na verdade, o legislador manteve a dualidade contrato/acto, a que faz corresponder a dualidade de acções, Acção Administrativa Comum (= AAC)/Acção Administrativa Especial (= AAE). Em todo o caso, cumpre realçar que o legislador procurou combater o regime de dualidade. E, assim, uma vez que permite a cumulação de pedidos, o sistema pode desembocar na unidade, ganhando a AAE um papel determinante e transformando-se o juiz do acto em juiz do contrato.

E, também, a dualidade referente ao contencioso pré-contratual, entre a AAE ordinária e a *Acção Administrativa Especial Urgente* (= AAEU), prevista no art. 100.º do CPTA, foi mantida no actual modelo. Neste contexto, conclui-se, pois, que o legislador foi pouco sensível às propostas da doutrina de uniformização e de alargamento do âmbito da acção urgente impugnatória de actos relativos aos procedimentos de formação dos contratos públicos *tout court* ao universo dos contratos da Administração. O legislador não optou, na realidade, por tal solução. E, mantendo o sistema anterior, ainda assim, procurou resolver algumas das suas insuficiências, tendo, para o efeito, melhorado a sistematização das acções, ampliado o rol de titulares legitimados para actuar contenciosamente e introduzida a providência cautelar inominada relativa à formação de todo o universo dos contratos da Administração Pública sujeitos à jurisdição administrativa. De qualquer modo, a questão da articulação entre a acção impugnatória de actos autonomizáveis do procedimento de formação dos contratos e a acção urgente, não é legalmente resolvida e, por isso, merecerá alguma atenção.

É, pois, neste contexto que surge este trabalho. Assim, não sendo, de facto, fácil perceber em que termos se harmonizam, hoje, os círculos de cada uma das Acções processuais, este texto visa contribuir para a delimitação do objecto das diversas acções em matéria do contencioso contratual. E, mais em concreto, propomo-nos determinar qual é o limite do objecto da Acção Administrativa Especial Urgente (= AAEU), prevista no art. 100.º do CPTA, perante o objecto daquelas duas acções comuns — uma questão de veras complexa, tanto mais que o CPTA, tendo consagrado uma solução que pressupõe *prima facie* «a existência de dois mundos jurídicos separados», veio reservar um mini-modelo de contencioso urgente, de natureza ambígua, para quatro tipos de

contratos (4). Há, pois, um problema relativo à aparente falta de articulação entre esses dois mundos que merece alguma reflexão.

E, assim, continuando, numa terceira parte deste trabalho, propomo-nos tratar fundamentalmente o modelo-especial desenhado no CPTA para tutelar as situações de urgência, tendo a consciência de que tal modelo foi gizado segundo as orientações do legislador comunitário e constitucional. Ora, neste contexto, cumpre revelar que consideramos que o contencioso dos contratos da Administração assume em certos domínios uma feição muito urgente, porque, à luz das directrizes comunitárias, a correcção de eventuais violações do direito comunitário (relativas ao procedimento de formação do contrato) tem de ser realizada num tempo certo e curto — no presente — a ameaça (ou mesmo a iminência) de a Administração poder vir entretentes a celebrar o contrato atesta sempre a existência da situação de urgência. Esta é, na realidade, a particular situação de urgência que o legislador ordinário pressupôs e que o levou a determinar a exclusividade da AAEU e a necessidade de os particulares lançarem mão das providências cautelares inominadas, previstas no art. 132.º do CPTA. Enfim, por outras palavras, consideramos que a imediata necessidade de se proceder à correcção de eventuais violações e o risco de formação de uma situação de facto consumado com a celebração do contrato coincide com a situação de urgência descrita nas *factispecies* traçadas no modelo-especial do contencioso urgente contratual.

Apresentada a contextualização, cumpre revelar que se assume que a AAEU tem natureza imperativa apenas num sentido — enquanto se configura a situação de urgência explicitada — e que o seu objecto-ordinário está pré-determinado na lei e é enquadrado pelo princípio da restauração *in natura*, sendo que, quando não é possível configurar tal situação, é possível proceder à sua ampliação em duas situações. Assim, é nosso objectivo enumerar o tipo de pretensões que integram *ab initio* tal objecto, para, depois, procurar aclarar o tipo de pretensões que ainda podem acrescer àquelas.

Enfim, o fenómeno da *europaização* da justiça administrativa e da tutela de urgência, principalmente neste domínio da contratação pública, impõe a tomada em consideração dos objectivos traçados nas Directivas comunitárias, mormente das Directivas *recursos* (para os sectores gerais e especiais). E, assim, importa perceber em que termos a disciplina do contencioso urgente contratual prevista no CPTA está (ou deve estar mais, por vontade do intérprete) em sintonia com o Direito Processual de Urgência Europeu.

(4) A este propósito, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, Coimbra, 2005, pp. 253 ss., esp. p. 256, nota 574; M. AROSO DE ALMEIDA/C. A. FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2005, pp. 509 ss., esp. p. 513.

I. CONTEXTO DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO REGIME DO CONTENCIOSO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Razão de ordem: 1. Contexto europeu: a *europeização* do regime dos contratos da Administração Pública em geral e o *ius commune* europeu em matéria de contencioso dos contratos públicos. 1.1. A Directiva n.º 89/665/CEE e a Directiva n.º 92/13/CEE. 2. Contexto nacional: os problemas antigos e as soluções introduzidas pela reforma de 2002/2003. 2.1. As insuficiências do regime anterior, não obstante as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio.

1. Contexto europeu: a *europeização* do regime dos contratos da Administração Pública em geral e o *ius commune* europeu em matéria de contencioso dos contratos públicos

As alterações introduzidas no regime do contencioso dos contratos da Administração Pública, com a publicação do CPTA e do ETAF, em 2002/2003, surgem num contexto europeu de convergência do direito administrativo em geral e dos mecanismos de garantia no domínio dos contratos públicos, em especial. Aliás, é neste contexto do *ius commune* europeu em matéria do contencioso administrativo, e mais especificamente no contexto do fenómeno de surgimento de um Direito processual urgente europeu, *maxime* no quadro da Directiva n.º 89/665/CEE e da Directiva n.º 92/13/CEE, que é criado no CPTA um novo contencioso de urgência em matéria contratual.

Na realidade, não é de hoje que no espaço europeu se assiste ao fenómeno da *europeização* do Direito administrativo, na dupla dimensão de criação de um Direito administrativo de matriz europeia e de convergência dos sistemas jurídicos administrativos dos diversos Estados-membros da União ⁽⁵⁾. De resto, este fenómeno tem vindo a sentir-se tanto no campo do Direito administrativo substantivo em geral, *maxime* em diversos domínios, entre os quais se conta o dos contratos públicos, como tem vindo a acentuar-se particularmente no campo do contencioso administrativo ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Sobre este tema e sobre bibliografia que versa sobre ele, remetemos o leitor para a nossa *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo* , Coimbra, 2002, pp. 137 ss. Aqui, cumpre voltar a citar J. C. FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão do Direito administrativo — O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária* , Coimbra, 1999. E remeto agora, pela primeira vez, para SUSANA DE LA SIERRA, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo* , Navarra, 2004, pp. 79 ss., esp. pp. 139 ss.

⁽⁶⁾ Na verdade, como escreve VASCO PEREIRA DA SILVA, «o Direito Administrativo é cada vez mais Direito Europeu, quer pela multiplicidade de fontes europeias relevantes neste domínio jurídico-administrativo, criando uma situação de “pluralismo normativo” no quadro dos ordenamentos

No que respeita ao Direito administrativo relativo à contratação pública, o fenómeno respeita especialmente, e do ponto de vista do regime substantivo, às Directivas que vieram regular a coordenação dos procedimentos de adjudicação relativos a contratos públicos de obras, de fornecimento e de aquisição de serviços (quer, nos sectores especiais, quer nos sectores gerais) — respectivamente, hoje, através de directivas ainda não transpostas, a Directiva n.º 2004/17/CE e a Directiva n.º 2004/18/CE, ambas de 31 de Março de 2004 ⁽⁷⁾ — como, no que diz respeito também, e do ponto de vista do regime processual, à Directiva n.º 89/665/CEE e à Directiva n.º 92/13/CEE, que vieram regular as garantias a observar no domínio dos procedimentos de formação daqueles contratos celebrados pela Administração. Em causa está, pois, a necessidade de instituir um regime comum da contratação pública, tanto a nível substantivo (incluindo procedimental) como processual, que realize os princípios de transparência, de concorrência e de não discriminação entre os concorrentes nacionais e não nacionais do Estado-membro a que pertencente a entidade adjudicante.

Não se ignora, na verdade, que a *europeização* do contencioso da urgência no domínio dos contratos públicos se insere num fenómeno mais lato de *europeização* do direito administrativo em geral, *id est* , de «Direito Administrativo como Direito Europeu concretizado» ⁽⁸⁾, e do direito administrativo processual, em especial ⁽⁹⁾. De qualquer modo, a *europeização* é mais intensa no âmbito

nacionais, quer pela convergência crescente dos ordenamentos nacionais neste domínio, que tem conduzido a uma aproximação crescente dos direitos administrativos dos Estados-membros, na tripla perspectiva: substantiva, procedimental e processual». Sobre este tema, e para mais desenvolvimentos, vd. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise — Ensaio sobre as acções novo processo administrativo* , Coimbra, 2005, pp. 97 ss., esp. pp. 110 e 111.

⁽⁷⁾ A Directiva n.º 2004/17/CE regula a coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações. Trata-se, portanto, da nova Directiva sobre os sectores excluídos, que afasta a Directiva n.º 93/38/CEE. A Directiva n.º 2004/18/CE regula a coordenação dos procedimentos de adjudicação relativos a contratos públicos de obras, de fornecimento e de aquisição de serviços. Esta directiva introduz uma novidade importante: ela integra a regulação dos procedimentos de contratação de todos aqueles contratos, continuando a excluir, e agora expressamente, as concessões de serviços. Isto é, esta última Directiva derroga (vd. art. 82.º) as três anteriores que regulavam de forma separada esses contratos: a 92/50/CEE (contratos de aquisição de serviços); a 93/36/CEE (contratos de fornecimento); e a 93/37/CEE (contratos de obras).

⁽⁸⁾ Expressão empregue por VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo...* , cit., pp. 97 ss., esp. pp. 110 e 111.

⁽⁹⁾ E este fenómeno acontece tanto sob a égide do Direito Comunitário como da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (= CEDH). Com efeito, o fenómeno de convergência dos diversos sistemas começa agora a alastrar-se particularmente ao campo processual, não se restringindo apenas ao domínio substantivo. Aliás, nas últimas décadas o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (= TJCE) e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (= TEDH) têm vindo

do Direito comunitário do que no da CEDH. E no espaço comunitário a convergência surge tanto por actuação jurisprudencial maxime por via da força criadora do TJCE, como legislativa. No que se refere àquela primeira perspectiva não há dúvida que o papel determinante no surgimento deste Direito Processual Administrativo Europeu e especialmente do Direito Europeu do contencioso administrativo de urgência tem cabido ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Deste Direito faz parte o direito à tutela judicial efectiva, incluindo a dimensão de direito à tutela de urgência que aquele encerra, mesmo quando o direito nacional o não contemple, o princípio da plenitude da competência do juiz nacional na sua qualidade de juiz comunitário que deve valer tanto para os pedidos cautelares como para os principais e que vai ao ponto de possibilitar aos tribunais nacionais a criação de novos meios processuais quando eles não existam ou sejam insuficientes⁽¹⁰⁾. Na verdade, no seio do Direito processual administrativo europeu começa a destacar-se com clara evidência um regime jurídico europeu de tutela da urgência, que começou por ter fonte jurisprudencial, mas que tem também fonte legislativa. Ora, é precisamente no domínio do direito europeu da contratação pública que se encontra uma constelação de princípios e de normas disciplinadoras do contencioso da urgência, de matriz legislativa.

É, pois, neste contexto, num contexto em que se constrói o *ius commune* europeu em matéria de contencioso administrativo no sector específico da tutela de urgência, e (mais especificamente ainda) da tutela de urgência no domínio

a desenvolver um rol significativo de princípios gerais da tutela jurisdicional administrativa, entre os quais se inclui o princípio da tutela jurisdicional efectiva e da tutela em prazo razoável. Sobre este último aspecto, vd. o nosso, «Do novo contencioso administrativo e do direito à justiça em prazo razoável», in: *Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*, Coimbra, 2004, pp. 339 ss., esp. p. 345 ss.

⁽¹⁰⁾ O TJ já afirmou múltiplas vezes que os tribunais dos Estados-membros, no julgamento dos litígios em que seja alegada a violação do Direito Europeu, estão obrigados a providenciar o decretamento de todas as providências cautelares — positivas ou negativas — que sejam necessárias e adequadas para salvaguardar o efeito útil das decisões. Neste contexto processual do fenómeno da europeização (e de fonte jurisprudencial), são várias as decisões do TJ que afirmam a existência do direito à tutela jurisdicional efectiva e da garantia à protecção das situações de urgência: as decisões ditadas no caso *Factortame* (Ac. TJ, de 19.06.1990, proc. 123/89), no caso *Tafelwein* (Ac. TJ, de 10.06.1990), no caso *Zuckerfabrik* (Ac. TJ, de 21.02.1991, procs. C-143/88 e C-92/89), no caso *Atlanta* (Ac. TJ, de 09.11.1995, proc. C-465/93) e no caso *Antonissen* (Decisão do Presidente do TJ, de 29.01.1997) são disso prova. A concessão de providências cautelares pelos tribunais nacionais dos Estados-membros para protecção provisória dos direitos subjectivos baseados no Direito comunitário constitui um domínio (e instrumento) privilegiado da europeização do direito administrativo, e dos mais destemidos, que deve a sua criação à jurisprudência do Tribunal de Justiça. Mas, o Direito processual administrativo europeu integra também um regime jurídico de tutela da urgência de fonte legislativa em matéria de contratos públicos.

dos contratos públicos, que se insere a Directiva n.º 89/665/CEE e a Directiva n.º 92/13/CEE, conhecidas respectivamente por *Directiva recursos ou meios contenciosos* e por *Directiva recurso ou meios contenciosos nos sectores excluídos* — até porque o legislador europeu não quis apenas estabelecer regras substantivas e procedimentais relativas a todos os contratos públicos. Quis também que, destas Directivas e da sua transposição, surgisse um novo Direito Processual Urgente Europeu em matéria de contratos públicos, caracterizado pela plenitude dos poderes do juiz no julgamento das relações jurídicas pré-contratuais e pelo princípio da tutela judicial efectiva e em prazo razoável, na dimensão do direito à tutela da urgência.

E, como se sabe, estes instrumentos de harmonização surgem justificados pela necessidade de uniformização dos meios processuais de tutela em matéria de procedimentos adjudicatórios de contratos públicos, para efeitos de garantir a tutela dos interesses públicos (comunitários) e privados em causa — tanto mais que os regimes substantivos que operaram a transposição das directivas em matéria de contratação pública nos domínios das empreitadas e fornecimentos nos diversos sistemas foi padecendo de várias insuficiências⁽¹¹⁾. A uniformização em matéria de garantias constituía, de facto, uma necessidade emergente também por causa da heterogeneidade de que sofriam os diversos sistemas dos Estados-membros em matéria de garantias processuais, dos quais resultava amiúde a violação do Direito comunitário.

1.1. A Directiva n.º 89/665/CEE e a Directiva n.º 92/13/CEE

E, exactamente, a *Directiva recursos* ou *Directiva meios contenciosos*, que foi adoptada em 21 de Dezembro de 1989, depois de um longo processo legis-

⁽¹¹⁾ Enfim, a Directiva aponta sobretudo para a necessidade de serem instituídos mecanismos de tutela preventiva e urgente, tanto mais que, normalmente, as infracções comumente reconhecidas ao Direito europeu dos contratos acontecem numa fase prévia à adjudicação, quais sejam, a falta de publicação; o fraccionamento abusivo de um contrato para defraudar os valores fixados nas directivas e assim se subtrair à aplicação do regime comunitário; o recurso abusivo ao ajuste directo e a invocação injustificada de situações de urgência afim de reduzir o prazo de apresentação de propostas; a introdução nos documentos do concurso que fixam as condições de adjudicação de cláusulas administrativas, financeiras ou económicas incompatíveis com a disciplina comunitária e a exclusão ilegal de concorrentes originários de Estados-membros diversos do Estado da entidade adjudicante. Enfim, reconhecia-se que a violação do direito comunitário surgia frequentemente antes da adjudicação e assumia normalmente vícios formais, designadamente de falta de publicação do anúncio do concurso no JOCE, um vício que demonstrava ser suficiente para afectar a livre concorrência e afastar a vinda a concurso de outros operadores não nacionais. A este propósito, vd. ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar no contencioso administrativo. Em especial, nos procedimentos de formação dos contratos*, Coimbra, 2005, pp. 114 ss.

lativo, procurou introduzir eficácia à tutela jurisdicional no domínio dos procedimentos adjudicatórios de contratos de empreitada de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, com exclusão dos procedimentos concernentes aos sectores excluídos, da água, energia, transportes e telecomunicações, já que estes seriam objecto de disciplina própria e autónoma — o que veio a acontecer, no que respeita ao aspecto contencioso, com a publicação da Directiva n.º 92/13/CEE.

O escopo daquela Directiva é bem visível nos considerandos da mesma: *primo*: garantir a plena aplicação e efectividade da disciplina comunitária relativa à adjudicação de contratos públicos de empreitada, de fornecimento de bens e de prestação de serviços e a tutela jurisdicional efectiva dos particulares; *secundo*: instituir mecanismos que permitam a correcção das infracções ao Direito comunitário «numa fase em que as violações ainda podem ser corrigidas». Assim, por outras palavras, a Directiva pretendeu instituir mecanismos de tutela jurisdicional efectiva, quer do Direito comunitário quer dos particulares, propondo três formas de conseguir tal propósito. Em primeiro lugar, a criação de meios de controlo céleres e eficazes do respeito pela legalidade comunitária ao dispor dos particulares (arts. 1.º e 2.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), da Directiva), *maxime*, o direito a obter a anulação de decisões procedimentais ilegais, incluindo a supressão das especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso, do caderno de encargos ou de qualquer documento relacionado com o processo de adjudicação do contrato em causa. Em segundo lugar, o direito a obter a adopção de providências provisórias adequadas a proporcionar efectividade a este modelo de contencioso pré-contratual. E, em terceiro lugar, o reconhecimento de direitos indemnizatórios às pessoas lesadas por uma violação de normas disciplinadoras do procedimento de formação dos contratos públicos (art. 2.º, n.º 1, al. *c*), da Directiva). Acresce ainda ao desiderato descrito, o da criação de um procedimento sumário de intervenção da Comissão, de cariz correctivo, sempre que se verificar uma infracção clara e manifesta das disposições comunitárias em matéria de contratos de Direito público no decorrer do procedimento de adjudicação (art. 3.º da Directiva) ⁽¹²⁾.

Enfim, em contas simples, e em síntese, tendo em conta o elenco paradigmático de infracções ao Direito comunitário, apontado pela Comissão na sua Comunicação n.º 88/2510 e tendo em mente que as infracções ocorrem nor-

⁽¹²⁾ A Directiva recursos nos sectores especiais (Directiva n.º 92/13/CEE), que tem um âmbito restrito de aplicação, impõe a instituição de dois mecanismos de tutela, para além daqueles a que a Directiva n.º 89/655/CEE fazia referência, a saber: 1. procedimentos de conciliação entre lesados ou potenciais lesados por uma infracção comunitária e as entidades contratantes (arts. 9.º a 11.º); 2. certificação comprovativa de que a entidade adjudicante respeita a disciplina comunitária em matéria de celebração de contratos (arts. 3.º a 7.º).

malmente antes da celebração do contrato, a Directiva em causa reconhece a necessidade de se instituir mecanismos de tutela urgente (de tutela sumária e de tutela antecipatória, provisória ou não), *id est*: de mecanismos de tutela que sejam de molde a permitir a correcção atempada de infracções, em termos que seja reposto o respeito pelo Direito comunitário, num momento em que o procedimento ainda está em curso, satisfazendo assim todos os interesses envolvidos. A tutela de urgência é, em suma, o tipo de tutela jurisdicional que o Direito comunitário descrito veio instituir.

É, pois, neste contexto do Direito europeu e em especial da Directiva recursos que, em Portugal, com a publicação do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, foi criado um processo impugnatório urgente e foram previstas, pela primeira vez, no contencioso administrativo as providências cautelares não especificadas. E é ainda neste contexto que, hoje, após as modificações introduzidas no contencioso administrativo, se prevê no CPTA um contencioso de urgência específico para as situações jurídicas contratuais — um contencioso que tem subjacente a lógica de protecção positiva e actual dos interessados em contratar com os poderes públicos. Ou, por outras palavras, a lógica subjacente aos processos em causa traduz a preocupação de garantir a protecção da posição do interessado em contratar com a Administração, numa dimensão temporal do presente, garantindo-lhe ainda o direito de participar no procedimento adjudicatório em curso.

2. Contexto nacional: os problemas antigos e as soluções introduzidas pela reforma de 2002/2003

As alterações introduzidas no regime do contencioso dos contratos da Administração Pública em geral e no domínio da tutela de urgência contratual em especial, surgem também num contexto nacional de reconhecida necessidade de reforma. Com efeito, o anterior regime do contencioso dos contratos da Administração Pública encerrava um conjunto de paradoxos de difícil resolução. Ainda assim, uma das dificuldades foi suavizada com a transposição da Directiva n.º 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro, operada através da publicação do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio.

Como se mencionou nas considerações introdutórias, antes da entrada em vigor do CPTA e do ETAF, a doutrina vinha reconhecendo que o regime adjetivo da contratação pública padecia de várias insuficiências. Aliás, a este propósito há dois aspectos caracterizadores daquele quadro jurídico-processual que ainda hoje merecem ser trazidos à nossa memória, a saber: *Primo*: o contencioso do duplo círculo — um contencioso que nem sempre se revelou eficaz, devido à ausência de articulação entre aqueles círculos processuais, entre o do «juiz do acto» e o do «juiz do contrato»; *Secundo*: deficit de protecção urgente e cautelar, isto é, ausência de um meio de resolução célere do conflito pré-contratual

e a falta de instrumentos de composição provisória (com eminente função cautelar), que dotasse de eficácia o sistema (de dupla esfera) do contencioso contratual, tal como decorreria do *indirizzo* constitucional (art. 268.º, n.ºs 4 e 5) e do Direito comunitário, especialmente, daquele previsto em fontes legislativas, já aqui descritas.

Assim, em primeiro lugar, a paradoxal via contenciosa de dupla dimensão assentava em dois meios processuais, o recurso contencioso de anulação de actos destacáveis relativos ao procedimento de formação do contrato e à sua execução e a acção contratual sobre interpretação, validade e execução dos contratos administrativos, incluindo questões de responsabilidade contratual. Assim, nos termos dos arts. 9.º, n.º 3, e 51.º, n.º 1, al. g), do ETAF, e arts. 71.º (e segs.) da LPTA e art. 825.º do CA, o contencioso tradicional dos contratos da Administração Pública desdobrava-se em dois círculos, um que abrangia a questão das invalidades de um acto administrativo destacável relativo ao procedimento de formação do contrato (ou à fase de execução desse contrato), que era gerido pelo juiz do acto administrativo (*juiz de jurisdição reduzida*), e o outro que tinha como centro questões de interpretação, execução e validade do contrato e que era da competência do juiz do contrato (*juiz de plena jurisdição*).

Enfim, aceite que contrato administrativo era tido como «um mundo fechado», o regime anterior consentia que o *círculo do contrato* permanecesse inatacável por terceiros, incluindo Ministério Público, titulares da acção popular administrativa e terceiros, a favor de quem as cláusulas contratuais pudessem ter sido estabelecidas, estando apenas na disponibilidade das partes (cfr. art. 825.º do CA). E, assim, ao abrigo do regime anterior, um interessado em contratar com a Administração, que tivesse sido preterido no procedimento de formação do contrato e que procurasse impugnar o acto de adjudicação sem que ao mesmo tempo conseguisse obstar à celebração do mesmo entre a Administração e o adjudicatário, jamais conseguiria, na prática, obter junto dos tribunais administrativos mais do que um efeito meramente platónico⁽¹³⁾.

Em segundo lugar, a insuficiência de processos cautelares fez-se sentir fundamentalmente no domínio do contencioso pré-contratual, tanto mais que este momento é propício à configuração de situações de urgência, uma vez que a questão das (eventuais) ilegalidades tem de ser resolvida antes de o contrato ser celebrado. A falta de instrumentos cautelares perante a situação descrita contribuiu para acentuar as dificuldades descritas no parágrafo anterior, *maxime* a decorrente da falta de ligação entre o recurso contencioso de anulação de actos destacáveis

⁽¹³⁾ A este propósito, vd. fundamentalmente MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Algumas questões de contencioso dos contratos da Administração», AAFDL, 1996. Vd. tb. «Contencioso dos contratos da Administração Pública», CJA, n.º 24, 2000, pp. 11 ss.

do procedimento pré-contratual e a acção sobre contratos relativa à validade do contrato entretanto celebrado⁽¹⁴⁾.

Na verdade, o *deficit* de mecanismos de tutela cautelar constituiu uma das insuficiências mais graves do contencioso administrativo tradicional dos contratos da Administração. Na verdade, descrever o regime tradicional do contencioso contratual ou entoar a «*ária de inútil precaução*» significaria a mesma coisa, uma vez que, não existindo um mecanismo que garantisse efectividade às sentenças, o contencioso administrativo contratual desembocava amiúde no reconhecimento das situações de facto consumado — sendo em tudo semelhante à entrada em cena da *guarda*, num ópera bufa⁽¹⁵⁾.

Aliás, em muitas situações restou ao tribunal escolher uma de duas soluções: ou declarar extinta a instância do recurso de anulação de actos destacáveis, relativos ao procedimento de formação do contrato, por inutilidade superveniente da lide, uma vez que se considerava que a eventual anulação de um desses actos não poderia produzir a destruição das prestações contratuais já realizadas e muito menos poderia conduzir à invalidade automática do contrato celebrado, nem poderia conduzir à obtenção do ressarcimento pelos prejuízos causados; ou, como mais recentemente se considerou, existindo uma *impossibilidade* ou *inutilidade jurídica* e tendo o recorrente interesse na anulação do acto pré-contratual, devendo ser proferida sentença para ser possível o posterior exercício do direito a eventual indemnização, restaria tão-somente ao terceiro lesado lançar mão de uma acção de reparação para obter uma (eventual) indemnização — já que exigir a reformulação do processo adjudicatório seria impossível, tal como accionar a acção contratual com vista a obter a invalidade do contrato estaria, de todo em todo, fora do seu alcance, já que somente as partes o poderiam fazer (e estas talvez não tivessem interesse nenhum nisso, não obstante decorresse para a Administração tal imposição, por força do dever de executar o julgado!).

2.1. As insuficiências do regime anterior, não obstante as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio

É verdade que o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, veio resolver algumas das dificuldades do contencioso dos contratos da Administração, especialmente do contencioso da formação dos contratos de empreitada de obras públi-

⁽¹⁴⁾ A este propósito, vd. ALEXANDRA LEITÃO, «Da natureza jurídica dos actos praticados pela Administração no âmbito da execução dos contratos», CJA, n.º 25, 2001, pp. 23 ss. E, para uma visão de conjunto, considere-se da mesma autora, *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*, Coimbra, 2002, pp. 199 ss., esp. pp. 309 ss.

⁽¹⁵⁾ A este propósito, e sobre a figura em causa, vd. o nosso texto, «A justiça administrativa dos contratos da Administração», SI, n.º 290, pp. 83 a 97.

cas, fornecimento de bens e prestação de serviços. Afinal, surgido no contexto do Direito Processual Urgente Europeu em matéria de contratação pública, e tendo como desiderato proteger os diversos interesses privados e os interesses públicos (nacionais e comunitários) envolvidos, este diploma veio prever dois tipos de meios processuais urgentes: um processo urgente com vista a decidir sobre as ilegalidades dos actos administrativos relativos ao procedimento de formação daqueles contratos, que lesassem direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados, e um processo que desembocava na emissão de medidas provisórias com função e estrutura nitidamente de natureza cautelar⁽¹⁶⁾.

Contudo, uma vez que não procedeu a uma transposição correcta daquela Directiva, e visto que a jurisprudência nem sempre evitou a interpretação literal do diploma e raras vezes procedeu à sua aplicação em conformidade com o Direito comunitário, o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, exigiria uma intervenção do legislador⁽¹⁷⁾.

II. O REGIME ACTUAL DO CONTENCIOSO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O MODELO-REGRA E AS ACÇÕES COMUNS

Razão de ordem: 1. As acções processuais próprias do contencioso contratual. 1.1. A Acção Administrativa Comum: objecto. 1.2. A Acção Administrativa Especial: objecto. 1.2.1. Pretensões relativas à prática ou omissão de actos (e decisões normativas ou *regulamentos*) relativos ao procedimento de formação do contrato ou relativos à execução do contrato. 1.2.2. Cumulação de pretensões: a transformação do «juiz do acto» em «juiz do contrato». 1.2.3. Possibilidades de ampliação do objecto da AAE.

1. As acções processuais próprias do contencioso contratual

Como se indicou nas considerações introdutórias, não obstante as alterações introduzidas em 2002/2003, o actual regime do contencioso dos contratos da

⁽¹⁶⁾ A este propósito, vd. MARIA JOÃO ESTORNINHO, «A propósito do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, e das alterações introduções ao regime de contencioso dos contratos da Administração Pública...», CJA, n.º 11, 1998, p. 5; BERNARDO DINIS DE AYALA, «A tutela contenciosa dos particulares em procedimentos de formação de contratos da Administração Pública», CJA, n.º 14, pp. 22 ss.; ALEXANDRA LEITÃO, «Duas questões a propósito da aplicação do DL n.º 134/98, de 15 de Maio», CJA, 19, 2000, pp. 50 ss.; PEDRO GONÇALVES, «Apreciação do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, que estabelece o regime jurídico da impugnação contenciosa dos actos administrativos relativos à formação de certos "contratos públicos"», *Lusitana, Revista de Ciência e Cultura*, Universidade Lusitana-Porto, 1, 1998, pp. 53 ss.

⁽¹⁷⁾ A propósito destas questões e de jurisprudência ditada ao abrigo do diploma, vd., CARLOS CADILHA, «Contratos públicos: do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, à reforma do contencioso administrativo. Uma análise da jurisprudência», SI, 2002, n.º 292, pp. 51 a 62.

Administração Pública continua a prever um sistema bidimensional, assente na dicotomia contrato/acto e no reconhecimento de situações jurídicas comuns/situações jurídicas urgentes, e continua a incluir soluções de alguma complexidade⁽¹⁸⁾. Contudo, em nosso entender, em comparação com o anterior regime do contencioso dos contratos da Administração, o novo incorpora uma novidade significativa. Assim, a par de um modelo-regra que inclui aquelas duas vias processuais ordinárias relativas à interpretação, validade e execução do contrato e relativas a actos (omissões juridicamente relevantes e decisões normativas) autonomizáveis em relação ao procedimento pré-contratual ou à execução do contrato para efeitos de anulação ou declaração de nulidade ou de inexistência (e, claro, para efeitos de condenação da Administração à prática de acto devido ou outro tipo de pretensões que podem igualmente ser cumuladas), o legislador veio instituir no quadro do novo sistema aberto do contencioso urgente (títulos IV e V do CPTA) um contencioso administrativo de urgência em matéria contratual — um contencioso disciplinado por um regime de excepção, que é ditado por razões de urgência, e onde vinga o princípio da atipicidade da forma processual, um princípio que permitirá ao juiz da urgência qual pivô — articular o contencioso dos contratos⁽¹⁹⁾.

1.1. A Acção Administrativa Comum: objecto

Vejamos, a título meramente enumerativo, quais são as acções que integram o modelo-regra e quais são as acções que compõem o modelo-especial urgente, previsto no actual contencioso dos contratos da Administração:

1. A Acção Administrativa Comum (AAC): meio por excelência do contencioso contratual, cujo objecto é *prima facie* o mais alargado, abrangendo questões de interpretação, questões de validade, questões de execução e questões de responsabilidade contratual (= art. 37.º, n.ºs 1 e 2, al. h), do CPTA);

⁽¹⁸⁾ A este propósito, vd. JOÃO CAUPERS, *Introdução...*, cit., pp. 271 ss., esp. 286 a 292, pp. 367 ss.; pp. 375 ss.; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., pp. 105 ss.; pp. 181 ss.; pp. 243 ss.; pp. 325 ss.; pp. 352 ss.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 93 ss.; 273 ss.; pp. 336 ss.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos*, Coimbra, 2005, anotação aos arts. 37.º; 100.º e 132.º CPTA; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo...*, cit., anotação ao art. 37.º CPTA, pp. 272 ss.; PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo...*, cit., pp. 147 ss.; VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo...*, cit., pp. 401 ss.

⁽¹⁹⁾ Sobre o novo contencioso de urgência, vd. o nosso, *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo*, Lex Edições, Lisboa, 2004, esp. pp. 61 ss.

2. A Acção Administrativa Especial (AAE): meio que tem aparentemente um carácter mais residual e cujo objecto pode configurar diversas dimensões, a saber: um objecto-ordinário; um objecto-ordinário — alargado, que resulta da possibilidade de cumulação de pedidos — uma possibilidade que permite, designadamente, que «o juiz do acto» se transforme em «juiz do contrato» — e um objecto-excepcional, que decorre da necessária articulação entre a AAE e a AAEU. Vejamos, qual é o objecto-ordinário da AAE. Ele inclui:

- a) questões relativas à prática e omissão de actos e disposições administrativas com carácter normativo incluídas nos elementos definidores do concurso — questões relativas ao procedimento de formação do contrato (cfr. arts. 4.º, n.º 2, al. d), do ETAF + 46.º, n.º 3 + 47.º, n.º 2, al. c), do CPTA);
- b) questões relativas à prática de actos durante a execução do contrato sendo que, neste caso, tais actos não devam ser entendidos como declarações negociais (cfr. arts. 4.º, n.º 2, al. g), do ETAF + 47.º, n.º 2, al. d), do CPTA + 180.º, n.º 1, al. a), do CPA.

Cumprido, no entanto, notar, como dissemos, que a AAE pode no contencioso contratual integrar dois outros tipos de objectos. Ora, o objecto-ordinário-alargado resulta precisamente da cumulação de pedidos. Assim, na medida em que o CPTA permite a cumulação de pedidos, é possível, de facto, configurar situações em que o objecto da AAE se alarga significativamente para realizar um conjunto de pretensões, que, a ser formulado a título isolado, poderia/deveria integrar o objecto da AAC. Como se explicará oportunamente, estão designadamente neste rol os pedidos relativos à validade do contrato cuja invalidade dependa do acto impugnado e as pretensões indemnizatórias por dano decorrente de ilegalidades relativas à formação do contrato (arts. 4.º, n.º 2, al. f) + 47.º, n.º 1). Assim, veio o legislador permitir ultrapassar a lógica da dicotomia vertida tradicionalmente na previsão acto/contrato — acção/recurso.

Sem prejuízo do que se afirmará na parte seguinte deste trabalho, cumpre dizer que consideramos necessário alargar excepcionalmente o objecto da AAE para alcançar uma articulação prática entre a AAE e a AAEU, de modo a combater a formação de situações de denegação gritante de justiça no domínio do contencioso dos contratos da Administração — mormente para efeito de reparação de danos. Assim, porque não correspondem a «mundos jurídicos totalmente separados», entendemos que o objecto da AAE pode alargar-se excepcionalmente para acolher pretensões concernentes ao contencioso referente ao procedimento de formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, fornecimento de bens e prestação de serviços, sendo que tais pretensões se admi-

tem excepcionalmente por se considerar (e quando se considerar) que já não é possível lançar mão da acção prevista no art. 100.º do CPTA. É isto porque, sendo a AAEU uma acção imperativa (exclusiva ou vinculativa, nos termos dos arts. 46.º, n.º 3, e 100.º, n.º 1) apenas no contexto de uma situação de urgência específica, já explicada, relativa àqueles contratos, somos da opinião de que tal configuração pode acontecer, designadamente, em duas situações, a saber:

1. *Primo*, por tais pretensões estarem relacionadas com o procedimento de formação de um daqueles contratos e esse contrato ter sido já celebrado e estar a ser cumprido, no momento em que o autor lança mão da via contenciosa através da AAE (sendo que neste caso, se aceita excepcionalmente que o autor realize dois tipos de pretensões: um referente à validade do contrato e outro de natureza indemnizatória)⁽²⁰⁾;
2. *Secundo*, por tais pretensões estarem cumuladas com o pedido de declaração de nulidade ou de inexistência de um acto relativo a este procedimento, quando, por ter decorrido o prazo previsto no art. 101.º do CPTA, já não ser possível accionar a acção urgente⁽²¹⁾.

Como se percebe, tendo em conta as diversas modalidades expostas, o recurso à AAE no contencioso contratual pode acontecer com muito mais frequência do que à partida se poderia configurar e esta acção serve para realizar muitas mais pretensões — *maxime* indemnizatórias — do que aquelas que a *priori* se imaginaria.

⁽²⁰⁾ Claro está que partimos da ideia de que o legislador faz depender a propositura das acções de validade do contrato e de responsabilidade da prévia propositura da acção com vista a obter a anulação de actos procedimentais (vd. art. 40.º, n.º 1, al. d), do CPTA). É verdade que o legislador procedeu ao alargamento da legitimidade para a propositura daquelas acções, de forma a ser possível propor uma acção de declaração de nulidade de um contrato com fundamento na nulidade do acto administrativo procedimental ou de uma acção de anulação do contrato, em caso de anulabilidade de um desses actos. Contudo, ainda assim parece ter vingado a lógica francesa que exige que, após um recurso de anulação se exija a propositura da acção para retirar ao nível do contrato as consequências da invalidade consequente e não tanto a solução de matriz espanhola, segundo a qual a anulação de um acto procedimental opera automaticamente, em termos que o contrato entra em fase de liquidação. A não dever entender-se assim os preceitos do CPTA (e o art. 185.º, n.º 1, do CPA), devemos reconhecer que, tratando-se de actos anuláveis, o facto de ter decorrido o prazo de 1 mês, não obsta a que o particular lance mão da AAC, transitando aquela pretensão do «objecto excepcional» da AAE para o objecto natural da AAC.

⁽²¹⁾ Sobre esta questão, vd. fundamentalmente PEDRO GONÇALVES, «Contencioso administrativo pré-contratual», CJA, n.º 44, 2004, pp. 3 ss.; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, Coimbra, 2005, pp. 253 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA/C. A. FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2005, pp. 509 ss., esp. p. 513.

É ainda importante salientar que a par deste modelo-regra em matéria contratual, o CPTA prevê um modelo-especial que contempla as situações de urgência. Esse modelo inclui:

3. A Acção Administrativa Especial Urgente (AAEU): uma acção imperativa (ou exclusiva) por determinação legal, sendo que tal imperatividade decorre do facto de existir uma especial situação de urgência que é legalmente determinada pela urgência na correcção da ilegalidade procedimental e pela ameaçada (ou iminência) de ser celebrado um contrato precedido de invalidades, nos termos dos arts. 46.º, n.º 3, e 100.º do CPTA.
 - a) O seu objecto está igualmente pré-delimitado legalmente, abrangendo questões relativas à prática de actos administrativos e à prática de *normas regulamentares*, relativas:
 - b) Ao procedimento de formação de um contrato de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, a celebrar tanto nos sectores gerais como nos especiais (*ex vi* do art. 48.º do Decreto-Lei n.º 223/2001);
4. Acções cautelares, nos termos do art. 112.º ss.
 - a) Com vista a obter a providência cautelar adequada ao caso concreto, por referência às pretensões a efectivar através do modelo-regra do contencioso dos contratos sujeitos à jurisdição administrativa
5. A acção cautelar na modalidade prevista no art. 132.º
 - a) Com vista a obter a providência cautelar conservatória ou antecipatória adequada, relativa ao procedimento de formação de qualquer contrato sujeito à jurisdição administrativa (art. 132.º).
 - i) providência cautelar inominada, destinada a corrigir a ilegalidade procedimental em causa invocada e a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em presença, incluindo a providência de suspensão do procedimento de formação do contrato
6. As acções cautelares com antecipação da decisão de mérito: a que traduz a modalidade prevista no art. 132.º, n.º 7, a saber: a condenação antecipada da Administração para corrigir as ilegalidades das especificações contidas nos documentos do concurso; e a prevista no art. 121.º

Cumprе finalmente mencionar que podem ainda satisfazer pretensões relativas a uma relação contratual outras acções processuais, também previstas no CPTA, *maxime*, a intimação para prestação de informações, consulta de documentos e passagem de certidões. E o mesmo vale quanto aos processos de execução, mormente quando esteja em causa executar coactivamente as decisões da entidade pública co-contratante em relação às quais ela está desprovida do seu poder de auto-tutela executiva (cfr. arts. 180.º e 187.º do CPA) ⁽²²⁾.

1.2. A Acção Administrativa Especial: objecto

Enfim, como se sabe, a acção administrativa comum tem por objecto a resolução de todos os conflitos emergentes de relações jurídico-administrativas, excepto dos emergentes da prática ou omissão ilegal de actos administrativos ou de normas e dos que devam ser resolvidos por processo especial, designadamente urgente. Ora, confrontando as diversas situações que o legislador quis eleger a título exemplificativo como situações a resolver através da AAC, verificamos que, de entre as várias pretensões clássicas mencionadas nas várias alíneas do n.º 2 do art. 37.º estão assinaladas na al. *h*) as questões de validade, interpretação e execução dos contratos. Assim, mantendo-se a tradição, as pretensões relativas a questões de interpretação, validade, execução e responsabilidade contratual emergentes de contratos sujeitos à jurisdição administrativa, constituem o objecto natural da AAC.

1.2.1. Pretensões relativas à prática ou omissão de actos (e decisões normativas ou *regulamentos*) relativos ao procedimento de formação do contrato ou relativos à execução do contrato

Claro que está que, quanto às questões de interpretação, a AAC é naturalmente a acção adequada, uma vez que nos termos do art. 186.º do CPA a declaração de interpretação que a Administração realize tem mero valor opinativo, pelo que as partes devem recorrer aos tribunais administrativos, sendo também estas as entidades com legitimidade activa e passiva (cfr. arts. 9.º, n.º 1, e 10.º, n.º 1, do CPTA). E o mesmo fundamento explicado anteriormente (*ex vi* do art. 186.º do CPA), vale também quanto às questões referentes à validade do contrato, sendo que agora a legitimidade se alarga a outras entidades, isto é, particulares que, embora não devendo ser considerados estranhos perante a relação jurídica contratual, ainda assim devam considerar-se terceiros perante o contrato. Enfim, o acolhimento da ideia de que o contrato administrativo não é um acordo que só às partes diz respeito, não sendo, pois, um «mundo fechado que só às partes interessa», traduz, na ver-

⁽²²⁾ A este propósito, vd. PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo...*, cit., pp. 155 ss.; ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit., pp. 279 ss.

dade, uma das novidades mais significativas das alterações introduzidas no contencioso contratual. Tendo em conta que outros interesses públicos e privados relacionados com a relação jurídica contratual merecem tutela, o CPTA veio alargar o leque de entidades com legitimidade processual, *maxime* terceiros perante o contrato, para propor acções relativas à validade dos contratos sujeitos à jurisdição administrativa, acontecendo o mesmo relativamente a acções sobre a execução do contrato. Enfim, dado o alargamento do grupo dos legitimados em matéria do contencioso contratual, incluindo os titulares da legitimidade passiva, tudo teria ficado resolvido se o regime substantivo das invalidades dos contratos da Administração, previsto no art. 185.º do CPA, fosse simples.

1.2.2. Cumulação de pretensões: a transformação do «juiz do acto» em «juiz do contrato»

Enfim, há outras pretensões relativas a contratos que podem ser objecto da AAC, a saber, pedidos para obter a efectivação da responsabilidade civil contratual de qualquer das partes, isto é, por incumprimento contratual, pedidos relativos à rescisão sancionatória, pedidos relativos à resolução do contrato por alteração de circunstâncias e, claro, como já avançámos as questões de interpretação das cláusulas contratuais. Quanto aos prazos para propositura das acções, a regra consta do art. 41.º, n.º 1, do CPTA: salvo disposição legal em contrário, o que acontece designadamente no art. 255.º do REOP, as acções podem ser propostas a todo o tempo. Contudo, as acções relativas à validade contratual, tratando-se de pedidos de anulação total ou parcial de contratos, devem ser propostas no prazo de seis meses, a contar da data da celebração do contrato ou, quanto a terceiros, do conhecimento do seu clausulado.

1.2.3. Possibilidades de ampliação do objecto da AAE

Não obstante o referido até ao momento sobre o carácter central da AAC no domínio do contencioso dos contratos, cumpre agora perceber em que termos podem os interessados lançar mão da AAE no domínio do contencioso contratual. Há, de facto, questões referentes à relação jurídica contratual, mormente questões relativas à prática ou à omissão de actos administrativos por parte da Administração — quer digam respeito ao procedimento de formação do contrato quer à execução — que constituem o objecto-ordinário da AAE quando esta é empregue neste domínio do contencioso administrativo ⁽²³⁾. Ainda assim, temos

⁽²³⁾ Vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa...*, cit., p. 192, esp. ns.t. 349 e 350. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo...*, cit., esp. pp. 147 ss.).

de ter em conta, como já apontámos, que, tratando-se de questões configuradas numa situação de urgência, relativas à prática de actos administrativos relativos à formação de um contrato de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, tais pretensões devem ser resolvidas através do processo urgente, relativo ao contencioso pré-contratual, previsto no art. 100.º do CPTA. É o que decorre também do art. 46.º, n.º 3, do CPTA. E tal significa que o legislador resolveu manter o sistema de dualidade de acções impugnatórias em matéria de actos administrativos procedimentais, tendo ficado, pois, por concretizar a ideia de uniformização do regime do contencioso pré-contratual e de criação de um único processo urgente impugnatório de actos administrativos destacáveis em relação ao universo de todos os contratos de Administração sujeitos à jurisdição administrativa. Não foi essa a solução consagrada, não obstante se reconhecer que as razões subjacentes à Directiva *recursos*, de proteger de forma atempada e eficaz todos os interessados em contratar com a Administração e o interesse desta em não deixar atrasar o procedimento tendente à celebração do contrato, fariam todo o sentido relativamente a todos os contratos da Administração. Restará nos casos não abrangidos pelo processo urgente, fazer aplicar as providências cautelares previstas no art. 132.º do CPTA ⁽²⁴⁾.

Ora, assim sendo, cumpre, em primeiro lugar, delimitar o âmbito-ordinário da Acção Administrativa Especial (AAE). Este decorre do art. 46.º, n.º 1, especialmente do art. 46.º, n.º 3: meio que neste domínio tem aparentemente carácter mais residual e objecto mais restrito.

Primo: ele inclui questões relativas à prática ou omissão de actos administrativos (incluindo *decisões normativas*) por parte da Administração que sejam próprios do procedimento de formação do contrato (cfr. arts. 4.º, n.º 2, al. e), do ETAF + 46.º, n.º 3 + 47.º, n.º 2, al. c), do CPTA), sendo que os actos administrativos que poderão ter lugar no decurso do procedimento contratual e, por isso, poderão autonomamente ser impugnáveis são os seguintes: autorização para contratar e desencadear o procedimento; acto através do qual se escolhe o procedimento de selecção do co-contratante; falta de publicação de anúncio ou de outros elementos a que se deve dar a devida publicidade; falta de convite nos procedimentos restritos; inclusão de cláusulas discriminatórias nos cadernos de encargos e em outras peças concursais, bem como a sua alteração no decurso do procedimento; admissão condicionada de um concorrente ou de uma proposta; a exclusão de um dos concorrentes; adjudicação ou decisão de não adjudicar; revogação da adjudicação e decisão de revogação do concurso e minuta do contrato.

⁽²⁴⁾ Sobre este assunto, vd. PEDRO GONÇALVES, «Contencioso administrativo pré-contratual», CJA, n.º 44, 2004, pp. 3 ss.

Secundo: ele inclui questões relativas à prática de actos administrativos por parte da Administração que sejam relativos à execução do contrato sendo que, neste caso, tais actos não devam ser entendidos como declarações negociais (cfr. arts. 4.º, n.º 2, al. g), do ETAF + 47.º, n.º 2, al. d), do CPTA + 180.º, n.º 1, al. a), do CPA) (25). Como mencionámos nas considerações introdutórias, o objecto da AAE pode adquirir outra configuração mais alargada. Assim, tal objecto-ordinário-alargado resultará fundamentalmente da concretização de dois instrumentos, agora, previstos no CPTA, a saber: a cumulação de pedidos e a ampliação do objecto da AAE. Neste quadro, e por via destas duas modalidades, certas pretensões relativas à validade do contrato podem integrar o objecto da AAE, pelo que pode dizer-se que, neste caso, o círculo do meio processual relativo ao acto vai alargar-se e sobrepor-se ao círculo relativo ao meio processual do contrato e, assim também, podemos dizer de igual forma, que o «juiz do acto» se transforma em «juiz do contrato», podendo decidir, designadamente, sobre questões de interpretação, validade e de execução do contrato. Efectivamente, a cumulação de pedidos pode acontecer no contencioso contratual de duas formas: a) uma que combina a impugnação de actos praticados no procedimento de formação do contrato com a invalidade do contrato; b) e a outra que combina a impugnação de actos de execução com pedidos referentes à interpretação, validade e execução do contrato. Em qualquer dos casos, havendo cumulação de pedidos, as pretensões seguem a forma de Acção Administrativa Especial, tal como decorre do art. 5.º, n.º 1, do CPTA.

Contas feitas, para além destes pedidos, e dos relacionados com a condenação da Administração ao restabelecimento da situação que existiria se o acto não tivesse sido praticado e à emissão de acto legalmente devido (nos termos do art. 4.º, n.º 2, als. a) e c)), é ainda possível cumular o pedido de condenação da Administração à reparação de danos causados com qualquer dos pedidos já mencionados, nos termos do art. 4.º, n.º 2, al. f), e art. 47.º, n.º 1, parte final. De qualquer modo, a não formulação no momento declaratório dos pedidos cumulativos mencionados não obsta à possibilidade de as mesmas pretensões serem accionadas no âmbito do processo de execução da sentença de anulação, nos termos do art. 47.º, n.º 3, do CPTA.

A AAE pode também servir para obter a invalidação do contrato numa outra situação prevista no art. 63.º, n.º 2, do CPTA: quando por não ter sido decretada tutela cautelar adequada, vier a ser celebrado o contrato na pendência do processo de impugnação do acto relativo ao procedimento de formação daquele contrato. Nestes casos, pode existir a ampliação do objecto da AAE à impugnação do próprio contrato. Nestas situações, o objecto-ordinário da AAE é alar-

(25) A este propósito, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 108 ss.

gado. Depois, por razão do princípio da tutela jurisdicional efectiva, a AAE pode ainda integrar um objecto excepcional que será constituído por dois tipos de pretensões que, a determinada altura, deixam de caber no objecto-próprio da AAEU.

III. O REGIME ACTUAL DO CONTENCIOSO URGENTE DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Razão de ordem: 1. As acções administrativas especiais urgentes: um contencioso administrativo regido pelo princípio da atipicidade da forma processual. 1.1. A acção urgente principal prevista no art. 100.º: âmbito. 2. A acção cautelar, *maxime*, as modalidades previstas nos arts. 120.º e 132.º, n.º 7, do CPTA. 2.1. Os poderes do juiz da urgência contratual.

1. As acções administrativas especiais urgentes: um contencioso administrativo urgente regido pelo princípio da atipicidade da forma processual

Como se apontou nas considerações introdutórias, uma vez que o legislador resolveu manter o sistema de dualidade de contencioso pré-contratual, tal significa que ficou por concretizar a ideia de um único processo urgente impugnatório de actos administrativos relativos ao procedimento de formação de todos os contratos de Administração sujeitos à jurisdição administrativa. E, ainda que não tivesse de ser diferente, tal significa também que as razões subjacentes à Directiva *recursos* vão continuar a manter-se apenas num domínio restrito e privilegiado do contencioso contratual.

De facto, a acção administrativa especial urgente, que resultou da incorporação no CPTA do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, aplica-se apenas a quatro categorias de contratos, a saber: de empreitada e concessão de obras públicas, fornecimento de bens e prestação de serviços, abrangendo tanto os contratos a celebrar no sectores clássicos como nos sectores especiais (*ex vi* do art. 48.º do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto), sendo que continuam excluídas as concessões de serviços públicos. De qualquer modo, falamos de contratos que, numa perspectiva substantiva, tanto podem ser contratos administrativos como contratos de direito privado, e tanto podem ser celebrados pela Administração como por outras entidades, designadamente por «organismos de direito público», que, não integrando a Administração em sentido orgânico, podem ser sujeitos de direito privado, mantendo-se, para estes efeitos, a equivalência da natureza dos actos (nos termos do art. 100.º, n.º 3) (26).

(26) No contexto do Direito europeu da contratação pública, «Poder adjudicante» ou «Entidade adjudicante», para este efeito, corresponde e integra as p.c.p.'s (designadamente, o Estado e

Assim, possibilitando que o interesse público (nacional e comunitário) seja realizado através da atempada correcção de ilegalidades ocorridas durante o procedimento, a AAEU permite também a realização de outros interesses públicos e privados: o do concorrente interessado em contratar com a Administração, que, assim, ainda pode vir a ser considerado adjudicatário⁽²⁷⁾, e o da Administração em poder celebrar o contrato, o mais cedo possível, sem ter de aguardar a demora de um processo. De uma forma ou de outra, tendo em conta que o contrato não foi ainda celebrado, a figura visa proporcionar a reparação *in natura* dos direitos e interesses temporariamente violados.

Voltando ao primeiro tipo de interesses públicos, cumpre, de facto, lembrar que, ao garantir o respeito pelo princípio da não discriminação, da igualdade, da livre concorrência, da publicidade, da transparência, a AAEU permite assegurar, em tempo certo, o respeito pela legalidade do procedimento pré-contratual, permitindo que a Administração venha a contratar em condições de concorrência e venha ainda a celebrar o contrato com quem apresente as condições mais vantajosas para o interesse público. Tendo em conta que a *ratio* subjacente às Directivas comunitárias é assegurar o respeito pelo Direito comunitário num momento em que as violações ainda podem ser corrigidas, daqui também decorre que a lógica subjacente à acção urgente é proteger os interesses públicos e privados em presença numa fase em que ainda vale a pena intervir judicialmente — por não ter ainda sido consumado o facto: a celebração efectiva do contrato —, sendo clara também a ideia de que posteriormente à celebração do contrato há pouco a fazer em prol da correcção das ilegalidades cometidas. Na verdade, se a reconstituição *in natura* da situação não parece *a priori* reservada para situações em que ainda não há contrato, ainda assim, não se duvida que a

seus organismos directa ou indirectamente dependentes, as Regiões Autónomas e as Autarquias Locais) e outros «organismos de direito Público». Este conceito abrange qualquer organismo criado especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem que tenham carácter industrial ou comercial, que é dotado de personalidade jurídica e em relação ao qual se verifica uma dependência efectiva (de financiamento, de controlo de gestão e de participação) em relação ao Estado ou outro entes públicos, sendo que essa dependência se afere pelo facto de a sua actividade ser financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou outros organismos de direito público; pelo facto de a sua gestão estar sujeita a controlo por parte destes últimos, ou ainda pelo facto de os seus órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização serem compostos em mais de metade por membros designados pelas entidades públicas ou organismos de direito público mencionadas. A Directiva n.º 93/38/CEE, de 14 de Junho, relativa aos denominados sectores especiais vai mais longe. E o seu âmbito abrange tanto os entes já incluídos nas Directivas clássicas, como abrange estruturas privadas de natureza empresarial.

⁽²⁷⁾ A este propósito, vd. PEDRO GONÇALVES, «Contencioso administrativo pré-contratual», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 44, 2004, pp. 3 ss.; ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar no contencioso administrativo. Em especial, nos procedimentos de formação dos contratos*, Coimbra, 2005, pp. 93 ss., pp. 279 ss.

impossibilidade de reconstituir naturalmente a situação é legalmente aceite nas situações em que o contrato está a ser cumprido (*maxime*, nas situações em que ele foi integralmente cumprido), uma vez que nestes casos se poderá configurar a situação de impossibilidade absoluta (art. 102.º, n.º 5).

Ora, é exactamente no contexto descrito que se percebe que tipo de pretensões podem integrar o objecto-próprio da AAEU. Esta acção urgente tem, na realidade, por objecto dois tipos de pretensões (impugnatórias) principais relativas à formação daqueles contratos: a impugnação de actos administrativos relativos ao procedimento pré-contratual de qualquer um desses contratos; e a impugnação de normas regulamentares (como pode ser o programa do concurso) e disposições com carácter *normativo constantes do caderno de encargos*, com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras. Ou melhor: permite-se a impugnação de disposições ou cláusulas incluídas em *documentos normativos*, conformadores do procedimento de formação desses contratos, incluindo, o programa do concurso e o caderno de encargos (= art. 100.º, n.ºs 1 e 2), que contenham disposições normativas exequíveis e ofensivas, designadamente, do Direito comunitário⁽²⁸⁾.

Sem prejuízo de voltarmos a esta questão do objecto próprio da AAEU, cumpre apresentar o objecto-próprio-ampliado, cuja configuração incluirá duas pretensões relativas a duas situações supervenientes, isto é, situações que podem ocorrer durante a pendência desta acção: uma relativa ao contrato que foi entretanto celebrado e outra indemnizatória, por ter ocorrido entretantes uma situação de impossibilidade absoluta, que obstará, de todo em todo, à satisfação dos interesses do requerente. Assim, nos termos do art. 102.º, n.º 4, o objecto pode ser ampliado, quando, na pendência do processo, o contrato vier a ser celebrado, sendo neste caso impugnado o próprio contrato. E o CPTA prevê igualmente que o tribunal possa deixar de proferir a sentença requerida (isto é, possa deixar de emitir uma sentença com efeitos constitutivos ou declarativos correspondentes aos pedidos formulados), e, em vez disso, possa o fixar uma indemnização quando, no caso concreto e durante o desenrolar do processo, se tiver consolidado uma situação de facto e de direito — uma «situação de impossibilidade absoluta» (e não uma situação em que a Administração considere que a execução da sentença ocasionaria um grave prejuízo para o interesse público) — que seja susceptível de obstar à satisfação dos interesses do autor (= art. 102.º, n.ºs 4 e 5).

Ora, apanhando o fio da meada que se deixou solto, há pouco... Cumpre dizer que há qualquer coisa no objecto-próprio desta acção administrativa especial urgente que não bate certo. E das duas uma: ou se aceita que, por razões

⁽²⁸⁾ Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, «Contencioso...», cit., pp. 3 ss.

de urgência, o seu objecto-próprio esteja pré-determinado de forma muito reduzida, constituindo assim uma *avis rara* do contencioso moderno; ou, então, o intérprete tem de proceder à articulação da AAEU com os preceitos incluídos na parte geral (*maxime*, art. 4.º) e no capítulo III do Título II.

Uma leitura possível: E, assim, não obstante a AAEU estar configurada como uma acção de «impugnação urgente», o seu objecto pode integrar pretensões diferentes daquelas estritamente de cariz impugnatório, a saber: *primo*: se o legislador permite expressamente que o tribunal conheça de uma pretensão declarativa ou constitutiva relativa à validade do contrato, que *medio tempore*, venha a ser celebrado (29), também se aceita que tal pedido seja, desde o início, cumulado a título subsidiário com o impugnatório e, por conseguinte, parece legítimo que o autor solicite a apreciação da validade do contrato na hipótese de o contrato vir a ser celebrado. O mesmo acontecendo em relação a um pedido de reparação por danos. *Secundo*: ainda que o legislador tenha empregue expressões tradicionais do género impugnar/impugnação/impugnatório, tal não significa que devam ser lidas à moda antiga. Assim, sob pena de se ler contra os princípios que inspiram o modelo actual da justiça administrativa e as regras centrais do CPTA (*maxime*, art. 51.º, n.º 4), parece lógico que perante a omissão juridicamente relevante ou perante um acto de indeferimento, o autor pretenda a condenação da entidade administrativa à prática do acto administrativo (devido) — o mesmo acontecendo em relação a certos actos de conteúdo positivo, *maxime* o de exclusão, quando o particular pretenda que o tribunal condene a Administração a reexaminar a situação e substituir o acto *impugnado*.

Enfim, parece, pois, coerente com o sistema global que o objecto do processo urgente não se resume à impugnação de actos de conteúdo positivo ou normas administrativas relativas ao procedimento de formação daquele tipo de contratos e que, através desta acção urgente, seja possível realizar mais pretensões, *maxime*, solicitar a título cumulativo a condenação da Administração à substituição do acto impugnado por outro que não reincida nas ilegalidades cometidas, tal como se prevê no art. 47.º, n.º 2, al. c), ou outro tipo de pretensões condenatórias ou inibitórias (designadamente, de condenação da Administração na adopção ou abstenção de uma conduta, por exemplo, de não celebração do contrato), devendo a acção tramitar segundo as normas previstas para a AAE, nos termos

(29) Entendemos, contudo, que, se o contrato já tiver sido celebrado antes de o interessado lançar mão da AAEU, já não será possível cumular a pretensão relativa à invalidade consequente do contrato, nem tão pouco poderá formular-se a pretensão indemnizatória. Aliás, tudo indica que já não será sequer possível impugnar o acto ilegal em causa, através da AAEU. Tendo sido celebrado o contrato e tratando-se de acto nulo, pode o terceiro lançar mão da AAE com vista a suscitar as questões de validade do contrato e de responsabilidade da entidade adjudicante. Cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit., pp. 294 ss.

do art. 5.º, n.º 1, com as devidas alterações, sendo que deve cumprir ao juiz da urgência ponderar da necessidade de proceder à desaceleração do processo (30).

Outra leitura possível: Contudo, sendo certo que a integração do contencioso pré-contratual no CPTA permitiu ao legislador corrigir algumas das insuficiências de que padecia o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, e sendo certo também que aquele introduziu algumas alterações em relação aos aspectos, já na altura mais criticados, cumpre questionar, numa outra perspectiva, se será realmente, *rectius*, legalmente, possível formular o pedido de condenação da Administração na prática de acto devido ou a deduzir cumulativamente outro tipo de pretensões condenatórias (*maxime* de reparação por danos). Como se percebe, de entre as modificações introduzidas em 2003, contam-se, pelo menos, três, a saber: a possibilidade de o tribunal optar por uma audiência pública para discussão da matéria de facto e de direito, a faculdade de o objecto do processo ser ampliado de modo a permitir a impugnação do próprio contrato e a introdução da possibilidade de condenação da Administração no pagamento de uma indemnização por ter ocorrido uma situação de impossibilidade absoluta (v. g. por ter sido cumprido o contrato) (31). Tudo indica que o legislador, estando bem informado quanto às vantagens e desvantagens de tal tipo de opções, desejou manter neste aspecto o regime anterior. Permito-me, por isso, interrogar-me se as razões de urgência não terão determinado, também aqui, a consagração de mais uma excepção àquilo que seria normal ter sido consagrado. E, de igual modo, questiono-me se, em determinados casos, a cumulação de pedidos não produzirá, de todo em todo, a anulação daquilo que, inicialmente, se pensou e se quis para o contencioso urgente (32). *Festina Lente!*

1.1. A acção urgente principal prevista no art. 100.º: âmbito

No âmbito do contencioso contratual urgente, destaca-se um tipo de processos urgentes de natureza acessória, que têm como função específica assegurar o efeito útil das sentenças que vierem a ser ditadas no âmbito das acções administrativas principais, comum, especial ou especial urgente (= art. 268.º, n.º 4,

(30) Sobre este assunto, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., esp. pp. 88-89; PEDRO GONÇALVES, «Contencioso administrativo pré-contratual...», cit., p. 9.

(31) A este propósito, vd. ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar...*, cit., pp. 282 ss.

(32) A este propósito são interessantes as considerações de M. AROSO DE ALMEIDA (*O novo regime...*, cit., esp. p. 90): «Caberá, naturalmente ao juiz, ouvidas as partes com a máxima celeridade, proceder a esta ponderação (cfr. art. 5). E, como é evidente, caberá, desde logo, ao autor, no momento de optar sobre se, nestes domínios, deve proceder ou não à cumulação de pedidos avaliar se não estará a pôr em risco a celeridade e, desse modo, a efectividade da tutela que, à partida, este tipo de processo lhe pode proporcionar.»

da CRP e arts. 2.º, n.º 1, e 112.º, n.º 1, do CPTA): são eles os processos cautelares. No contencioso contratual, as providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos realizam uma função vital no sentido de garantir a realização efectiva de todos os direitos e interesses envolvidos, isto é, delas dependendo a tutela jurisdicional efectiva de interesses públicos e privados em presença, *maxime*, a posição dos interessados em contratar com a Administração.

Enfim, por via do princípio do *numerus apertus*, consagrado no art. 112.º, n.º 1, do CPTA, é possível decretar no contencioso contratual as providências que se mostrem adequadas a minimizar os prejuízos de *infrutuosidade* e de *retardamento* das sentenças a proferir nos processos principais, quer as de natureza conservatória, quer as de estrutura antecipatória. De qualquer modo, as providências a decretar devem ter uma abrangência global, estendendo-se a todas as pretensões emergentes de uma relação jurídica contratual, quer decorram da prática ou omissão de actos relativos à formação e execução do contrato, quer correspondam a outras pretensões que poderão ser objecto da acção administrativa comum. Assim, no contencioso contratual, o requerente tanto pode solicitar a suspensão da eficácia de um acto administrativo referente ao procedimento de formação do contrato como solicitar a suspensão total da execução do contrato ou a suspensão da execução de alguma cláusula contratual. E assim também, no quadro da relação jurídica contratual, o interessado tanto pode solicitar a admissão provisória num concurso, como pode solicitar a regulação provisória de uma situação jurídica, como seja o pagamento antecipado de um quantia, ou o decretamento provisório de uma providência, *maxime*, o diferimento da assinatura do contrato por um período de tempo determinado ou até ser proferida decisão no processo cautelar, à semelhança daquilo que hoje também é permitido através do *référé-précontractuel*.

No contencioso administrativo dos contratos é, de facto, possível solicitar a adopção de providências conservatórias e de providências cautelares antecipatórias que se mostrem adequadas em função do tipo de pretensões que se podem fazer valer na AAC, na AAE e na AAEU, sendo certo que, ao contrário das segundas, as providências conservatórias produzem um efeito hermético ou protector do objecto da causa principal, já que actuam perante o *periculum in mora* de *infrutuosidade* da sentença, isto é, reduzem ou neutralizam o perigo que a demora do processo implica em termos de alteração superveniente do objecto da causa e a consequente impossibilidade de execução de sentença definitiva. Já as providências antecipatórias, porque actuam perante o *periculum in mora* de retardamento da sentença principal, isto é, actuam perante o prejuízo ou perigo que decorre da insatisfação imediata do direito material, ampliam o *status quo* subjacente à causa principal. E, por isso, elas antecipam os efeitos (ou parte dos efeitos) da sentença principal, satisfazendo provisoriamente o direito do requerente.

Através do procedimento cautelar comum, onde estão marcadas as características da *instrumentalidade* (nas duas perspectivas, funcional e estrutural), provisoriedade e sumariedade, é, pois, possível decretar qualquer providência cautelar que seja adequada a tutelar as pretensões relativas a todos os conflitos emergentes das relações jurídicas administrativas contratuais, incluindo as providências cautelares previstas no Código de Processo Civil.

Cumprido, no entanto, chamar a atenção para as providências cautelares que desempenham um papel significativo no contencioso dos contratos da Administração, já que são elas que garantem a tutela jurisdicional efectiva de interesses públicos e privados envolvidos, *maxime*, a posição dos interessados em contratar com a Administração: as providências cautelares relativas a procedimentos de formação de todos os contratos sujeitos à jurisdição administrativa, que são adoptadas segundo um procedimento específico. Assim, quando na acção principal (*v. g.* AAE) estiver em causa a anulação ou a declaração de nulidade ou de inexistência jurídica de actos administrativos relativos à formação de contratos, o autor naquela acção pode solicitar a adopção das providências adequadas a garantir a utilidade da sentença que vier a ser proferida naquela acção principal, *maxime*, qualquer providência que demonstre ser adequada a tutelar provisoriamente a posição do interessado e a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em presença. Entre as providências sugeridas pelo legislador para este domínio, constam duas agressivas: uma de ingerência significativa no mérito da acção principal, a de correcção antecipada de ilegalidades procedimentais, e outra de ingerência agressiva na esfera jurídica da entidade adjudicante e nos interesses por si defendidos, a de suspensão do procedimento de formação do contrato.

2. A acção cautelar, *maxime*, as modalidades previstas nos arts. 120.º e 132.º, n.º 7, do CPTA

Para que haja decretamento das providências é necessário que o tribunal considere verificados certos pressupostos, aqueles que são os requisitos de procedência das providências cautelares, fixados no art. 120.º do CPTA. E, com efeito, existindo uma evidência de procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, a adopção da providência cautelar, seja ela conservatória ou antecipatória, depende só dessa evidência ou aparência qualificada de bom direito (= *fumus boni iuris* qualificado), nos termos do art. 120.º, al. a), do CPTA.

Não existindo evidência, por não estar em causa, designadamente, a impugnação de acto manifestamente ilegal, de acto de aplicação de norma já anteriormente anulada ou de acto idêntico a outro já anteriormente anulado ou declarado nulo ou inexistente, os pressupostos são outros. Assim, eles são dois positivos, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, e um negativo, traduzido no não excesso de dano emergente da decretação da providência, após ponderação de inte-

resses públicos e privados em presença (= art. 120.º, n.º 1, als. *b* e *c*) + n.º 2) e após a verificação de que tais danos não podem ser evitados ou atenuados pela adopção de outras providências.

Neste sentido, o tribunal só decreta a providência cautelar conservatória ou antecipatória solicitada se considerar verificados estes pressupostos, sendo que deverá proceder a diferente apreciação do pressuposto do *fumus boni iuris*, conforme esteja em causa o deferimento de uma ou de outra: para o decretamento de providência cautelar conservatória, o tribunal deve bastar-se com o *fumus non mali iuris*, ou seja, a não aparência de mau direito do requerente; para o decretamento da antecipatória, o tribunal deve certificar-se que é provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo será julgada procedente. Não se trata, pois de um grau de aparência de direito tão qualificado (tão alto e tão perto da confirmação da existência do direito) como o exigido na alínea *a*), mas também não é tão superficial (ou tão baixo) como o que se exige para o decretamento das providências conservatórias, já que para adopção destas é suficiente que «não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada ou a formular» no processo principal ou que não seja manifesta a existência de circunstâncias (designadamente a falta de algum pressuposto processual) que obste ao conhecimento do mérito do processo principal.

No que se refere ao decretamento das providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos, ele depende da verificação de pressupostos especiais (art. 132.º, n.º 6, do CPTA). Assim, a concessão da providência depende do juízo de probabilidade do tribunal quanto a saber se, ponderados os interesses susceptíveis de serem lesados, os danos que resultariam da adopção da providência são superiores aos prejuízos que podem resultar da sua adopção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adopção de outras providências. Ainda assim, nos termos do art. 120.º, n.º 1, al. *a*), quando seja evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, designadamente por estar em causa a impugnação de acto manifestamente ilegal, de acto de aplicação de norma anteriormente anulada ou de acto idêntico a outro já anteriormente anulado ou declarado nulo ou inexistente, a procedência da providência requerida não obedece ao requisito de ponderação estabelecido no n.º 6 do art. 132.º do CPTA.

Ora, também perante esta norma se pode pensar duas coisas: ou se entende que o legislador não quis afastar os pressupostos comuns de deferimento da tutela cautelar, principalmente o da aparência de direito, porque a ponderação impõe um juízo de repartição de riscos e esta pressupõe a aceitação do sacrifício do improvável ao provável; ou se entende que aqui foi configurada mais uma excepção. Assim, por razões de urgência, mais uma vez, o legislador deixou de consagrar o que seria normal consagrar, tendo optado por positivar um critério especial de decisão.

2.1. Os poderes do juiz da urgência contratual

Tendo chegado à conclusão que o legislador criou um mini-modelo de urgência para o domínio do contencioso da actividade contratual da Administração Pública, cumpre perceber quais são os poderes do juiz da urgência e quais são as linhas orientadoras do exercício de tais poderes.

A título principal, o juiz da urgência pode designadamente decidir o mérito da causa e, portanto pode, nos termos do que já descrevemos, anular, declarar nulo ou inexistente um acto relativo ao procedimento de formação de um dos quatro tipos de contratos públicos *tout court* e, se tal tiver sido pedido, pode condenar a entidade em causa a substituir o acto impugnado, sendo que não vemos como não possa o juiz pautar-se pelos parâmetros definidos no art. 95.º do CPTA; pode declarar inválidas as especificações contidas nos documentos do concurso e pode determinar a sua correcção; pode anular ou declarar nulo um contrato público e pode fixar uma indemnização por ser impossível proceder à restauração *in natura* da situação.

A título cautelar e a título provisório, o juiz da urgência pode decretar quer uma providência conservatória, quer uma antecipatória. Normalmente, como as providências de matriz conservatória concretizam melhor os princípios orientadores do decretamento da tutela cautelar, *maxime* o de mínima ingerência na esfera do demandado e o da constituição de uma situação provisória reversível, o juiz cautelar deve optar por as decretar. E, ainda que tal não seja possível, ainda assim, deve avaliar se uma providência de natureza conservatória não demonstra *in casu* ser suficiente para obstar ao específico *periculum in mora* alegado, devendo optar pelo decretamento da providência que se revele menos gravosa para todos os interesses em conflito, uma vez que também deste modo concretizará um outro princípio orientador do decretamento da tutela cautelar: o de decidir assegurando-se que o risco de decidir mal e que o risco de incorrer em erro judiciário é baixo — ou é tão baixo quanto possível.

As providências cautelares de teor suspensivo ou de feição conservatória, isto é as medidas que, tendo efeito preparatório ou assegurador, minimizam o *periculum in mora* concreto e que conservem o *status quo* existente nesse momento, são preferíveis às que visam provocar antecipadamente a ampliação desse estado de facto e de direito subjacente a causa principal. O risco de anular antecipadamente o objecto da causa principal e de retirar a utilidade na prolação da sentença de mérito é muito menor com o decretamento de providências cautelares de natureza conservatória. Contudo, também aqui, cumpre evidenciar que as coisas não são assim tão simples quanto parecem. E, assim, alertamos para o facto de que escolher decretar uma providência conservatória no domínio do contencioso pré-contratual não significa obrigatoriamente optar por emitir uma providência mais favorável a todos os interesses envolvidos. Aliás, se no domí-

nio geral do contencioso administrativo, uma providência de feição conservatória ou inibitória pode defender-se com toda a propriedade, já no domínio do contencioso pré-contratual tal tipo de providência pode não ser sempre recomendável, uma vez que a sua força paralisante pode produzir um efeito lesivo muito mais grave na esfera da entidade demandada. Vejamos: a intimação da Administração para se abster de dar continuidade ao procedimento contratual ou a sua intimação para sustentar a celebração do contrato traduz, sem dúvida alguma, uma providência de efeito mais lesivo para os demais interesses públicos e privados em presença do que aquela providência através da qual a Administração é intimada para readmitir provisoriamente num procedimento concursal um concorrente que dele tenha sido afastado ou aquela por via da qual o tribunal ordena à entidade adjudicante para corrigir as cláusulas inseridas em algum dos documentos do concurso.

Em todo o caso, não se duvida que a escolha da providência cautelar adequada deve ser sempre realizada no caso concreto, tendo em conta todo o quadro jurídico-factual. E, neste sentido, pensamos que deve ser tido em conta o próprio momento em que se encontra o procedimento de formação do contrato, uma vez que a adopção de providências de feição paralisante faz mais sentido que aconteça num momento final do procedimento. E, assim também, cremos que as medidas antecipatórias, designadamente aquelas que, intimando a Administração para reexaminar a situação controvertida, provocam o reexercício do poder administrativo e a reedição de um acto administrativo para vigorar *nell' frattempo, maxime* a admissão condicionada de um concorrente, fazem muito mais sentido quanto interferem com o início do procedimento.

Como impõe o princípio da tutela jurisdicional efectiva, há, contudo, situações jurídicas relativas ao contencioso pré-contratual que não podem passar sem que o juiz cautelar se intrometa na questão controvertida do processo principal. A correcção antecipada das ilegalidades ocorridas no procedimento pode ser mesmo necessária, já que um dos objectivos da Directiva recursos corresponde exactamente à necessidade de instituir mecanismos de tutela preventiva e atempada, isto é, de tutela que seja de molde a produzir efeitos no tempo certo, num momento em que ainda vale a pena corrigir. Neste sentido, é, pois, possível que, no contexto da execução de uma providência cautelar antecipatória, a Administração emita uma decisão, incluindo um novo acto administrativo, com o qual esgote a causa principal ou a prejudique. Ainda assim, e à luz do paradigma consuetudinário (da garantia à tutela jurisdicional efectiva) e no quadro do CPTA, admite-se tal tipo de situação, uma vez que, não sendo possível decretar uma outra providência cautelar, deve vingar, pois, o princípio da repartição proporcional (entre as partes) dos riscos de se produzir no tempo intermédio uma situação de facto consumado. É esta a lógica subjacente a qualquer modelo cautelar. E aqui também vinga. Claro está, que neste domínio, o *fumus boni iuris* deveria assu-

mir um papel determinante. A apreciação antecipada da causa e a antevisão de qual das partes tem mais probabilidades de vencer na causa principal permitiriam fazer diminuir o risco de erro judiciário. Tal pressupostos parece afastado do contencioso pré-contratual. De qualquer modo, não deixamos de aderir mais uma vez ao pensamento de TOMMASEO: a ética da tutela cautelar traduz-se em sacrificar o improvável ao provável⁽³³⁾.

Enfim, cumpre dizer que preferimos, de longe, que a adopção de decisões judiciais definitivas passem pelas Acções processuais que permitem a adopção de sentenças de fundo. E hoje, à luz das novas regras sobre os processos urgentes introduzidas no CPTA, não se duvida de que o particular deve preferencialmente lançar mão das Acções processuais próprias para obter uma decisão de mérito, qual seja a AAEU, prevista no art. 100.º, para um domínio especial do contencioso dos contratos públicos, e a acção cautelar com antecipação da decisão de mérito prevista no art. 132.º, n.º 7, e no art. 121.º, para o restante domínio do contencioso dos contratos.

⁽³³⁾ Sobre este assunto, e para outros desenvolvimentos e bibliografia, remetemos para os nossos textos, mormente para a nossa *Introdução ao estudo sistemático...*, cit., esp. pp. 120 ss.